الموسوعة الفقهية المقارنة



التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري
(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد
أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية
بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الخامس

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تنويه

قارئنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فللتكرم تصويب نسختك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

الطبعة الأولى

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي مواز لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)

بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com




مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب البيوع




مسألة (١) ٥٦٤

بيع وشراء ما لم يره

١٠٤٢٠ - قال أصحابنا : إذا باع ما لم يره أو اشترى ما لم يره ، فالبيع جائز ، وللمشتري الخيار إذا رآه . وأما البائع فهل (٢) له الخيار ، فيه روايتان (٣) .

١٠٤٢١ - وقال الشافعي (٤) : إذا قال : بعتك ما في كمي ، أو ما في البيت ، فالبيع فاسد قولًا واحدًا . وإن ذكر الجنس والصفة ، وقال : بعتك عبدي الرومي ، ففيها قولان : قال في القديم ، والصلح ، والصرف (٥) ، والإملاء : جائز ، وقال في الأم والبويطي : باطل .

١٠٤٢٢ - واتفق أصحابه (٦) إذا شاهده البائع دون المشتري أنه على قولين : وأما إذا شاهده المشتري دون البائع ، أو لم يشاهده واحد منهما ، فمنهم من قال : باطل قولًا واحدًا ، ومنهم من قال علي قولين . وأما إذا ذكر جنس المبيع وصفته جاز العقد في أحد

---

(١) البيوع جمع البيع ، وهو لغة : مبادلة المال بالمال ، وقيل : البيع في اللغة مطلق المبادلة ، سواء كانت في مال أو غيره ، وهو من الأضداد ، يقال : باعه إذا أخرج العين عن ملكه إليه ، وباعه أي اشتراه ، ويتعدى إلي المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر ، يقال : باعه الشيء ، وباعه منه . ثم البيع مصدر ، وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره ، كما يجمع المبيع ، وقد يراد به المعنى وهو الأصل ، فجمعه باعتبار أنواعه . لسان العرب (٤٠١/١) ، المصباح المنير (٦٩/١) ، وأما معناه شرعًا فقال ابن قدامة : « البيع مبادلة المال بالمال تمليكًا وتملكًا » ، وقال البابري : « هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريقة الاكتساب » ، وفي تنوير الأبصار : هو : مبادلة شيء مرغوب فيه بمثل على وجه مخصوص » انظر : المغني « كتاب البيوع » (٥٦٠/٣) ، العناية ، بذيل فتح القدير (٢٤٦/٦) ، الدر المختار بهامش رد المحتار « كتاب البيوع » (٤/٤ ، ٥) .

(٢) في جميع النسخ : [هل] ، وما أثبتناه بالفاء أصح .

(٣) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء : « ولو باع شيئا لم يره ورآه المشتري يجوز عندنا . وعند الشافعي فيه قولان ، وهل يثبت للبائع فيه خيار الرؤية ، لم يذكر في ظاهر الرواية . وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أن أبا حنيفة كان يقول بأنه يثبت له الخيار ، ثم رجع وقال : لا يثبت » . راجع : مختصر الطحاوي ، « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص ٨٤ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤٠١/١) المسألة (٢٠٩٧) ، تحفة الفقهاء ، « كتاب البيوع » ، « باب خيار الرؤية » » (٨١/٢ ، ٨٢) بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » وفصل « وأما حكم البيع » (١٦٣/٥ ، ٢٩٢) فتح القدير مع الهداية ، « كتاب البيع » باب خيار الرؤية (٣٣٥/٦ - ٣٤٠) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » باب خيار الرؤية (١١٦/٧ - ١٢٢) ، مجمع الأنهر (٢٩/٢ ، ٣٠) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (ع) : [الصلح] بدون العطف ، قوله : [الصرف] أي : في بيان الصرف من الكتب الجديدة ، وهو أحد كتب الأم .

(٦) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .

القولين ، ولم يحتج إلي ذكر صفات السلم .

١٠٤٢٣ – ومن أصحابه [١] من قال : يحتاج إلى ذكر معظمها ، ومنهم [٢] من قال : يحتاج إلي ذكر جميعها ، فإذا رآه كما وصف فله الخيار ، نص عليه ، ومن أصحابه [٣] من قال : لا خيار له [٤] .

١٠٤٢٤ – لنا : ما روي أبو هريرة ، والنعمان بن بشير ، وسلمة بن المحبق ﷺ ، وروى الحسن ، وعطاء ، ومجاهد مرسلًا أن النبي ﷺ قال : « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » [٥] ، فلولا أنه يجوز البيع لم يكن لذكر الخيار معنى .

١٠٤٢٥ – فإن قيل : قال الدارقطني مدار هذا الحديث على عمر بن إبراهيم ابن

(١) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .

(٢) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في الأم : « كتاب البيوع » (٣/٣) ، مختصر المزني كتاب البيوع « باب ما أمر الله تعالى به ونهى عنه من المبايعات » (ص٧٥) ، المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » ، « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٢٨٨/٩ – ٢٩٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » ، « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٨٥/٤ – ٩٠) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الأول في أركانه (١٤٥/٨ ، ١٤٦ ، ١٥٦ – ١٥٨) .
وقال مالك وجل أصحابه : يجوز بيع الغائب علي الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض ، ثم إن جاء المبيع علي تلك الصفة ، لزم البيع ، وإلا فللمشتري الخيار . وقال بعض المالكية : يجوز بيع الغائب من غير صفة بشرط خيار الرؤية . راجع : المدونة « كتاب الغرر » (٢٥٥/٣) ، المنتقى « كتاب البيوع » في العينة وما يشبهها (٢٨٧/٤ ، ٢٨٨) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث » (١٦٧/٢ ، ١٦٨) . قوانين الأحكام الشرعية ، « الكتاب الثالث » في البيوع « الباب الخامس في بيع الغرر ، ص ٢٥٩ ، شرح الزرقاني (٣٨/٥) . وقال أحمد مثل قول مالك ، يصح بيع الغائب بالصفة ، فإن لم يوصف ، ففي صحة البيع روايتان ، أظهرهما : لا يصح البيع ، والثانية : يصح . وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ، ففيه روايتان ، في الأشهر : يثبت ، وفي الثانية : لا خيار له . راجع في المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (١/ ٣١١) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (٣١٩/١) ، المغني « كتاب البيوع في خيار المتبايعين (٥٨٠/٣ ، ٥٨١) ، الكافي « كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز (١٢/٢) .

(٥) حديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤/٣ ، ٥) الحديث (١٠) ، والبيهقي في الكبرى (٢٦٨/٥) ، قال الدارقطني بعد أن أخرجه : « عمر بن إبراهيم يقال له : الكردي يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح ، لم يروها غيره ، وإنما يروي عن ابن سيرين موقوفًا من قوله » . راجع ترجمة عمر بن إبراهيم في ميزان الاعتدال (١٧٩/٣ ، ١٨٠) ، الترجمة (٦٠٤٤) . أما حديث الحسن : فأخرجه ابن حزم ، في المحلى بالآثار (٢٢٠/٧) ، والبيهقي في نفس المصدر السابق .

خالد الكردي ، عن القاسم بن الحكم ، عن أبي حنيفة ، عن الهيثم ، عن محمد بن سيرين ، عن أبي هريرة ، قال : وعمر بن إبراهيم غير صالح الحديث .

١٠٤٢٦ - قلنا : هذا حديث ذكره محمد في مزارعة الصغير ، وذكره محمد الحاكم في المنتقى [١] ، عن هشام ، عن محمد ، ولا يضرنا الطعن على عمر بن إبراهيم .

١٠٤٢٧ - فإن قيل معناه : فهو بالخيار إن شاء اشتراه ، وإن شاء لم يشتره .

١٠٤٢٨ - قلنا : ظاهر الخيار إذا ذكر عقيب العقد ، أنه خيار الإجارة والتصحيح [٢] ، فأما الخيار في ابتداء الشراء فلا تعلق له بالرؤية .

١٠٤٢٩ - فإن قيل : نحمله [٣] على من كان رأى المبيع ثم ابتاعه ولم يره عند العقد ، فهو بالخيار إن كانت [٤] صفته تغيرت .

١٠٤٣٠ - قلنا : ذكر عليه الصلاة والسلام خيارًا يتعلق بالرؤية ، وهذا الخيار يتعلق بتغيير صفة المبيع لا بالرؤية .

١٠٤٣١ - ولأن الخبر [٥] يقتضي ثبوت الخيار عند الرؤية في جميع الأحوال ، تغيرت صفة المبيع أو لم تتغير ، ويدل [٦] عليه إجماع الصحابة .

١٠٤٣٢ - روى ابن أبي مليكة [٧] عن علقمة بن وقاص الليثي ، قال : اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عثمان مالًا بالكوفة ، وهو لطلحة اليوم بالكوفة ، فقيل [٨] لعثمان : أرى قد غبنت ، قال : لي الخيار ؛ لأني بعت ما لم أر فقال طلحة : إليَّ الخيار ؛ لأني اشتريت ما لم أر فحكما [٩] بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار

---

(١) المراد بمحمد الأول : هو محمد بن الحسن ، أبو عبد الله الشيباني ، صاحب التصانيف المشهورة في المذهب الحنفي . وأما محمد الحاكم : فهو محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسماعيل ابن الحاكم ، الشهير بالحاكم الشهيد ، أبو الفضل المروزي ، البلخي . قال السمعاني في ترجمته فيمن اشتهر بالشهيد : « الوزير الحاكم الشهيد ، عالم مرو ، ومن مصنفاته « كتاب الكافي » ، « والمنتقي » ، « وشرح الجامع » ، « وأصول الفقه » ، مات ﷺ بباب مرو شهيدًا في شهر ربيع الآخر ، سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة . راجع ترجمته في الأنساب (٤٧٧/٣ ، ٤٧٨) ، الجواهر المضية (٣١٣/٣ - ٣١٥) ، الفوائد البهية (ص ١٨٥ ، ١٨٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الصحيح] .

(٣) في (ص) : [حمله] ، وفي (م) : [فحمله] .

(٤) في (م) ، (ع) : [كان] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الخيار] .

(٦) في (م) : [لم يتغير] ، مكانْ : [لم تتغير] وفي (ع) : [بدل] ، مكان [يدل] .

(٧) في (ص) : [ملكية] ، وهو تصحيف .

(٨) في (م) ، (ع) : [قيل] .

(٩) الزيادة من معاني الآثار للطحاوي ، وفي (م) ، (ع) : [فحكم] .

لطلحة ، ولا خيار لعثمان » [١] ، وهذا اتفاق منهم على جواز العقد مع عدم الرؤية .

١٠٤٣٣ - فإن قيل : عمر ﷺ مخالف ؛ لأنه قال : « إنما البيع صفقة أو خيار » [٢] .

١٠٤٣٤ - قلنا : ليس في ذلك دلالة علي الخلاف ؛ لأنه جعل [البيع صفقة أو خيارًا] [٣] ، هذا من نوع الخيار .

١٠٤٣٥ - ولأنه نوع عقد لوجود الرؤية وعدمها في انعقاده سواء ، كالنكاح ، أو عقد فلم يكن من شرطه [٤] رؤية المعقود عليه ، كالكتابة .

١٠٤٣٦ - فإن قيل : المعنى في النكاح : أنه فقد فيه ما لا تأثير له في العقد ، فإنه حين يشاهدها [٥] غررًا قطعًا لا خيار له ، فلهذا لم يقدح في النكاح .

١٠٤٣٧ - قلنا : ولو وجدها برصاء أو مجذومة نفذ الخيار عنده ، فهو بالرؤية يتوصل إلى العلم بهذه الصفات ، ولهذا تأثير في العقد .

١٠٤٣٨ - ولأنه إذا كان لا يثبت الخيار إلا بتغير الصفات ، فأولى أن يعتبر الرؤية ليستدرك [٦] مقاصد العقد التي لا يستدركها بثبوت الخيار .

١٠٤٣٩ - فإن قيل : المقصود بالنكاح الوصلة ، فلذلك [٧] لا يعتبر فيه الرؤية ، والمقصود بالبيع المعاينة ، فلهذا اعتبر فيه الرؤية [٨] .

١٠٤٤٠ - قلنا : المقصود بالتزويج الوصلة إلا أنه يقصد وصلة من كان على صفة دون صفة ، وهذا معني مقصود بالعقد ، بدلالة « قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا أراد أحدكم أن يتزوج امرأة فلينظر إليها » [٩] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا خيار لعثمان] . أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد بمثل هذا اللفظ ، في المعاني : « كتاب البيوع » ، « باب تلقي الجلب » (١٠/٤) ، والبيهقي بمعناه ، في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من قال : [يجوز بيع العين الغائبة] (٢٦٨/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [صفة] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [شرط] .

(٥) في (م) ، (ع) : [شاهدها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنها استدرك بها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكذلك] . قال ابن منظور : « الوصلة ، بضم الواو : [الاتصال] . والوُصْلة : ما اتصل بالشيء ، قال الليث : كل شيء اتصل بشيء فما بينهما وُصْلة ، والجمع وصل ، ويقال : وصل فلان رحمه يصلها صلة ، وبينهما وُصْلة ، أي اتصال وذريعة » ، لسان العرب (٤٨٥١/٦) .

(٨) في (ع) : [بالرؤية] .

(٩) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب النكاح » ، « باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها» (١٠٤٠/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب النكاح » ، « باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد =

١٠٤٤١ - ولأنها جهالة تؤثر [١] في تسليم المبيع فأشبهت جهالة الصورة والقيمة ، وإذا رأى المبيع فلم يعرفه .

١٠٤٤٢ - وجهالة القيمة لا تلزم إلا الوصية وجهالة رأس المال المجهول [٢] في السلم . لأنا قلنا : جهالة لا تؤثر في تسليم المبيع ؛ [لأن [٣] جهالة رأس المال عندنا تؤثر في التسليم] [٤] ؛ لأنه يجد بعضه زيوفا فيرده ، ولا يدري كم الباقي من المسلم فيه .

١٠٤٤٣ - قالوا : يبطل إذا باع ذرة في صدفه .

١٠٤٤٤ - قلنا : المانع من المبيع هناك الجهالة [٥] لا المانع في العبد ، فإنه باع ما يتضمنه خلقة حيوان ، والثُّوم [٦] باعه ما في مضمون الخلقة مما يفسد بتسليمه [ظاهر النواة] [٧] ، ولهذا لو ظهر بعض النواة لم يجز البيع وإن زالت الجهالة بظهور بعضها ؛ لأن الجهالة لعدم الرؤية جهالة لو حصلت في بعض المبيع لم يمنع صحة العقد ، وكذلك إذا حصلت في جميعه ، كجهالة [٨] القيمة ، وعكسه ، أو جهالة العين ، بيان ذلك : أنه يبيع الصبرة وقد رأى المشتري ظاهرها ، ورأى الدار ولا يرى داخل البئر وسائر الحيطان .

١٠٤٤٥ - فإن قيل : رؤية ظاهر الصبرة تصير به معلومة ، ولهذا لم يثبت له الخيار [٩] .

١٠٤٤٦ - قلنا : الخيار عندنا لا يثبت للجهالة [١٠] ، بدلالة أنه : لو وصف له المبيع ووجده [١١] على تلك الصفات وأفضل ثبت [١٢] الخيار عند الرؤية ، فكيف يستدل السقوط على العلم بالمبيع .

١٠٤٤٧ - ولأنه أحد البدلين في البيع ، فلم يكن رؤيته شرطا في صحة العقد ،

= تزويجها (٥٢١/١ ، ٥٢٢) ، وأحمد في المسند ، في مسند جابر بن عبد الله ﷺ (٣٣٤/٣) و الطحاوي في المعاني « كتاب النكاح » ، « باب الرجل يريد تزوج المرأة هل يحل له النظر أم لا (١٤/٣) .

(١) في (م) : [يؤثر] .

(٢) في (ص) : [وجهالة العبه] ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [لا تلزم إلا الوصية وجهالة ورأس المال المجهول] وقد أضفنا [في السلم] ليستقيم المعنى . (٣) في (ص) ، (ع) : [ولأن] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ص) : [والثُّوم] ، وفي (م) ، (ع) : [والتوير] .

(٧) زيادة اقتضاها البيان . (٨) في (م) ، (ع) : [لجهالة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يثبته الخيار] . (١٠) في (م) ، (ع) : [الجهالة] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لو وصف به المبيع وحكمه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

كالثمن إذا كان غير معين .

١٠٤٤٨ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه في [1] الذمة ، فهو كالمبيع إذا كان من الذمة .

١٠٤٤٩ - قلنا : إن [2] كانت الرؤية شرطًا لم يصح العقد على ما في الذمم ، لعدم الرؤية فيه .

١٠٤٥٠ - فإن قيل : عدم الرؤية لا تأثير له في الثمن ؛ لأن عندكم لا يثبت الخيار [3] .

١٠٤٥١ - قلنا : لأنا لا نثبت خيار الرؤية ؛ لأنه [4] لا يستدرك برده فائدة ، والأعيان مستدرك بردها فائدة ، فاستويا في وجود العلل واختلفا في الخيار لهذا المعنى .

١٠٤٥٢ - ولأن رؤية [5] ما يقصد بالعقد ليس بشرط في صحة العقد ، وهو ما [6] في داخل الجوز واللوز مستتر [7] بما له من الستارة فائدة ، وفي مسألتنا استتر بما [8] لا فائدة له فيه .

١٠٤٥٣ - قلنا : علة الأصل تبطل باللبن في الضرع والحمل ، وعلة الفرع تبطل بداخل الصُّبرة .

١٠٤٥٤ - فإن قيل : الجوز يصير [9] معلومًا برؤية قشره ، ولهذا لا يثبت خيار الرؤية إذا رأى ما في داخله .

١٠٤٥٥ - قلنا : إنما لا يثبت الخيار لأنه دخل عيب [10] الكسر ، فمنع ذلك الرد .

١٠٤٥٦ - احتجوا : بما روى أبو الزناد [11] ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة : « أن النبي [12] ﷺ نهى عن بيع الغرر » ، ورواه علي ، وعبد الله بن عمر [13] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] .
(٢) في (ص) : [إذا] .
(٣) في (ع) : [بالخيار] .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [ولا رؤية] .
(٦) لفظ : [ما] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [مشترى] .
(٨) في (م) ، (ع) : [ما] بدون الباء .
(٩) في (م) : [بصيرة] ، وفي (ع) البصيرة .
(١٠) في (م) ، (ع) : [عند] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أبو الزياد] . وهو تصحيف .
(١٢) في (م) ، (ع) : [رسول الله] .
(١٣) حديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر » (١١٥٣/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع باب في بيع الغرر (٢٥٠/٢) ، والترمذي في السنن كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الغرر (٥٢٣/٣) ، والنسائي في السنن « كتاب البيوع » في بيع الحصاة (٢٦٢/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات ، « باب النهي عن بيع الحصاة =

١٠٤٥٧ – قالوا : فالغرر مال تردد [1] بين جائزين ، سلامة المال ، وهلاكه . وفي هذا البيع غرر من وجهين ، أحدهما : أن العبد الغائب لا يدري هل هو باق أم لا ، وإن كان باقيا فلا يدرى أيسلم [2] له أم لا ؟ .

١٠٤٥٨ – قلنا : الغرر ما كان الغالب [3] منه عدم السلامة ، بدلالة : أن الخارج من المفازة بغير صحبة ، يقال له : غرر بماله [4] ، ولا يقال للخارج في صحبة [5] : قد غرر ، وإن جاز أن يَسْلم وجاز أن يهلك ؛ لأن الغالب منه السلامة ، فلو كان الغرر عبارة عما تردد بين السلامة [6] والهلاك ، كانت البياعات كلها غررًا لجواز أن تهلك [7] قبل القبض ، ولكان ما عليه بِمَ ابتاعه ، فكانت المخاطرة قائمة [8] .

١٠٤٥٩ – وقيل : إن معنى الغرر ما ذكرناه [9] ، وليس الغالب في بيع ما لم يره عدم التسليم ، بل الغالب منه إمكان التسليم ، فلم يكن ذلك غرورًا . فإن الغرر [10] ما كان الغالب منه عدم السلامة ، والعين الغائبة الأصل وجودها ، وجواز أن تكون هالكه ويجوز أن تكون باقية ، فلم يتعذر عدم التسليم / فيها .

١٠٤٦٠ – قالوا : روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده عبد الله بن عمرو ، « أن النبي ﷺ قال : لا يحل شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس

= وعن بيع الغرر » (٧٣٩/٢) الحديث (٢١٩٤) . وحديث علي ﷺ : أخرجه أحمد في المسند ، في مسند علي بن أبي طالب ﷺ (١١٦/١) . وقد اختلف العلماء في تفسير بيع الغرر ، قال المطرزي : « وهو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا ، كبيع السمك في الماء ، والطير في الهواء » . وعن علي ﷺ : هو عمل ما لا يؤمن معه الغرور ، وعن الأصمعي : بيع الغرر أن يكون علي غير عهدة ولا ثقة ، قال الأزهري : وتدخل البيوع المجهولة التي لا يحيط بها المتبايعان » ، في المغرب « باب العين » ص ٣٣٨ . وقال ابن الأثير : « هو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول » ، في النهاية « باب الغين مع الراء » (٣٥٥/٣) ، وقال الحافظ ابن حجر : « قيل : المراد بالغرر : الخطر ، وقيل : التردد بين الجانبين الأغلب منهما أخوفهما ، وقيل : الذي ينطوي عن الشخص عاقبته » ، في تلخيص الحبير (٦/٣) ، ضمن الحديث (١١٢٩) .

(١) في (م) ، (ع) : [فالغرور ما يردد] . (٢) في (م) ، (ع) : [يسلم] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الغائب] .

(٤) راجع لسان العرب (٣٢٣٣/٥) ، المعجم الوسيط (٦٥٤/٢) .

(٥) في (ص) : [صحبته] . (٦) في (ص) ، (ع) : [الجواز] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يهلك] . (٨) في (ص) : [بم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ذكرنا] .

(١٠) في (ص) : [قال الغرور] ، والمثبت ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

عندك » [١] .

١٠٤٦١ - قالوا : ومن باع عبدًا بالْبَصْرَة فقد باع ما ليس عنده .

١٠٤٦٢ - [قلنا : البيع في مسألتنا يجوز فيما ليس عنده] [٢] باتفاق ، إذا كان قد رآه ، فعلم أن الفساد عندهم لمعنى آخر ، وهو الجهالة ، أو عدم الرؤية ، فأما أن يكون لما ذكر من الخبر فلا ، فلم يبق إلا أن يحمل الخبر علي بيع ما ليس في ملكه ؛ لأن العقد لا ينفذ فيه للمعنى المذكور في الخبر دون غيره .

١٠٤٦٣ - فبين [٣] ذلك أن الخبر خرج على هذا السبب ، وهو : « أن حكيم بن حزام قال : كنت أدخل السوق واستحسن السلع ثم أخرج وأبيعها ، ثم أرجع فأبتاعها ثم أسلمها » [٤] ، فبان بهذا السبب أن معنى الخبر ما ذكرنا .

١٠٤٦٤ - قلنا : نخصه [٥] بسببه ، ولكنا لما اختلفنا في معناه جعلنا السبب شاهدًا لما ذُكر [٦] من التأويل .

١٠٤٦٥ - لأنه مبيع [٧] مجهول الصفة عند التعاقد [٨] ، فوجب أن يكون باطلا ، أصله : إذا قال : بعتك ثوبا .

١٠٤٦٦ - قلنا : المعنى من الأصل : أنه مجهول في عينه ، فأما أن يكون مجهول الصفة فلا ؛ ألا ترى : أن النكاح لا ينعقد على هذا الوجه ؛ لأنه لو قال : زوجتك أمة

---

(١) حديث عبد الله بن عمرو ﷺ : أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في الرجل يبيع ما ليس عنده » (٢٧٧/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (٥٢٦/٣ ، ٥٢٧) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، « في شرطان في بيع » (٢٩٥/٧) ، وأحمد في المسند (١٧٩/٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (١٧/٢) ، وابن ماجه ، في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع ما ليس عندك (٧٣٧/٢ ، ٧٣٨) ، الحديث (٢١٨٨) قال الترمذى بعد أن أخرجه حديث حسن صحيح .

(٢) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [فتبين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أسلم] . وقد أخرجه الترمذي بإسناده في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (١٢٣٢) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « بيع ما ليس عند البائع » (٢٨٩/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع ما ليس عندك » (٧٣٧/٢) الحديث (٢١٨٧) ، وأحمد في المسند ، في حديث حكيم بن حزام (٤٣٤/٣) .

(٥) في (م) : [يخصه] .

(٦) في ص : [ذكر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يبيع] .

(٨) في (ع) : [العامة] .

لم يصح . وجهالة العقد لا تمنع صحة النكاح ، وإنما تمنعه [١] جهالة العين ، ومع ذلك لا يعقد على هذا الوجه حتى يقول : زوجتك أمتي ، أو هذه الأمة ، فبان أنه مجهول العين ، فلا يصح أن تعتبر جهالة الصفة بجهالة العين .

١٠٤٦٧ - ولأن هذه الجهالة لو حصلت من بعض المعقود عليه منعت العقد ، كذلك إذا حصلت من جميعه لم يُمْنَع .

١٠٤٦٨ - أو نقول [٢] : هذه الجهالة تمنع [٣] التسليم ؛ لأن كل عبد [٤] يُحْضِرُه البائع يلتمس المشتري غيره . وفي مسألتنا إذا قال : بعتك الثوب الذي في كمي ، لم يتعذر التسليم ؛ لأن القاضي يأمره بإخراج ما في كمه ، فإن رضيه المشتري أخذه وإن لم يرضه تركه .

١٠٤٦٩ - فإن قيل : إن هذه الجهالة لا تمنع التسليم ؛ لأنه يعطيه ما يقع عليه اسم الثوب ، كالوصية ، والإقرار [٥] ، كما لو أسلم في ثوب جيد أعطاه ما يقع عليه الاسم ، أو يعطيه ثوبا وسطًا ، كما لو تزوج على ثوب .

١٠٤٧٠ - قلنا : هذا مخالف للوصية والإقرار ؛ لأن الجهالة لا تؤثر فيهما ولأن المرجع إلى قول المقر والورثة ، فلا يؤدى تصحيح الوصية والإقرار إلى تعذر التسليم .

١٠٤٧١ - وأما النكاح فلا تصح التسمية فيه إذا ذكر ثوبًا ، وإنما تصح [٦] إذا سمى عبدًا ؛ لأن الجهالة لا تؤثر في ثبوت المهر ، بدلالة : ثبوته مجهول [٧] الوزن ، ويقضى منه بالوسط ، كذلك هبة مجهول الصفة ، وأما السلم [٨] فيصح إذا سمى جيدًا ويؤمر بتسليم ما يقع عليه اسم [٩] الجيد ، إلا أنه لا يصح السلم مع جهالة المقدار ، وفي

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يمنع صحة النكاح وإنما يمنعه] .

(٢) في (م) : [لم يمنع أو يقول] . (٣) في (م) : [يمنع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عقد] .

(٥) الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع كان ذلك في الأعيان أو المنافع ، والإقرار إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه انظر : العناية ، بذيل فتح القدير (٤١١/١٠) ، البناية (٤٨٤/١٢) . أنيس الفقهاء ص ٢٩٧ . تكملة فتح القدير (٣١٧/٨) . ص ٢٤٣ .

(٦) في (م) ، (ع) : [يصح] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بدلالة جواز ثبوته مجهولة] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) . والسلم لغة : التقديم والتسليم . وشرعًا اسم لعقد موجب الملك في الثمن عاجلًا وفي المثمن آجلًا . فالبيع يسمى سلمًا والثمن رأس المال انظر : تهذيب الأسماء واللغات (١٥٣/٣ ، ١٥٤) ، فتح القدير مع العناية (٦٩/٧ / ٧٠) .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألتنا مقدار مجهول ، وكل ثوب يحضره يخالفه [1] المشتري في قدره ويتعذر التسليم ؛ لأن الحاكم لا يمكنه قطع الخصومة في ذلك .

١٠٤٧٢ – وقالوا : أخبار مجهولة ، تقتضي لا تتعلق بكل بيع [2] ، فوجب أن يبطل البيع ، أصله : إذا قال : بعتك على أن الخيار متى شئت .

١٠٤٧٣ – قلنا : الخيار إذا أثبت حكمًا لم تؤثر الجهالة فيه ، بدلالة : خيار العيب ، وخيار المجلس [3] عندهم . وإنما تؤثر الجهالة في الخيار الذي يثبت من جهة الشرط ، والمعنى في الأصل : أن الخيار يثبت شرطًا ، فالجهالة مؤثرة فيه .

١٠٤٧٤ – وفي مسألتنا : يثبت الخيار حكمًا ، فالجهالة لا تؤثر فيه ، كخيار العيب ، يبين [4] ذلك : أن الخيار يلحق بالعقد ، كالأجل ، ثم لو شرط أجلًا مجهولًا بطل العقد ، ولو تأجل الثمن حكمًا لم تؤثر جهالته في العقد ، مثل أن يفلس المشتري أو يأبق العبد فيتأخر تسلم الثمن حتى يتمكن البائع من التسليم ، ومدة ذلك مجهولة ، فلا تؤثر [5] في العقد .

١٠٤٧٥ – قالوا : بيع عين لم يرها ولا شيئًا منها ، فكان باطلًا ، كما لو باع الطير في الهواء [6] ، والسمك في الماء ، والنوي في التمر [7] ، والحَمْل ، واللبن في الضرع .

١٠٤٧٦ – قلنا : قولهم لم ير شيئًا منها ، لا يؤثر في الأصل ؛ لأنه لو رأى السمك في الماء ، والطير في الهواء [8] لم يجز بيعه ، وكذلك النوى في التمر [9] لو ظهر بعضه لم يجز البيع ، وكذلك الحمل لو ظهر بعض [10] الولد فباعه لم يصح ، وكذلك اللبن لو حلب بعضه ثم باع جميعه لم يجز وإن كان قد رأى بعضه ، ومثله لو أخرج بعض اللبن من المِرْجل [11] فرآه ، ثم

(١) في (ط) : [مخالفة] .

(٢) في (ع) : [أخيار] ، وفي (م) ، (ع) : [يقتضي لا يتعلق] ، وفي (ع) : [مبيع] ، مكان : [بيع] ، وفي (ص) من قوله : [أخبار] إلى آخر الهامش بدون نقط ، والصواب ما أثبتناه بالزيادة ؛ لأن بدونها لا يستقيم المعنى .

(٣) راجع ما في خيار العيب التعريفات ص١٠٢ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٥٤/٦) ، حاشية بن عابدين (٧٤/٤) ، أنيس الفقهاء ص ٢٠٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وبيده ذلك مجهولة فلا يؤثر] ، مكان المثبت .

(٦) راجع المصباح المنير ، (٦١٥/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الثمر] ، مكان : [التمر] .

(٨) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق ولاستقامة المعنى .

(٩) في (م) ، (ع) : [الثمر] .

(١٠) في (م) ، ع : [بيع] .

(١١) المرجل – بالكسر – قِدْر من النحاس . وقيل : يطلق على كل قدر يطبخ فيها . راجع في المغرب ، ص ١٨٥ ، المصباح المنير (٢٠٩/١) .

باعه جميعه جاز [١] ، فعلم أن الوصف [٢] غير مؤثر في الأصول التي قاسوا عليها .

١٠٤٧٧ – قالوا : بل مؤثر [٣] عندنا ؛ لأن السمك لو كان في حفرة [٤] حصل فيها فرآه جاز البيع .

١٠٤٧٨ – إن [٥] كان هذا هو الأصل فالبيع جائز عندنا إذا أمكن أخذه بغير صيد ، وإنما الأصل الذي نسلمه هو الموضع الذي يستوى فيه الرؤية وعدمها .

١٠٤٧٩ – قالوا : تأثيره [٦] في جميع الصبرة والجوز واللوز ، فإنه لو رأى بعض ذلك جاز .

١٠٤٨٠ – قلنا : فنحن نطالبكم بالتأثير في الأصل الذي قستم [٧] عليه ، فإذا لم يؤثر الوصف فيه لم ينفع أن سؤالنا التأثير في غيره ، ثم المعنى في بيع الصيد : ما يتعذر تسلمه في وقت [٨] وجوب التسليم ، وليس كذلك العين المعاينة ؛ لأن تسلمها [٩] لا يتعذر في وقت وجوب تسليمها ، فأما النوى في التمر فإن تسليمه لا يكن إلا بضرب ما لم يستحق بالعقد [١٠] ، وهو تكسير التمر .

١٠٤٨١ – فإن قيل : يبطل إذا باع أحد المصراعين .

١٠٤٨٢ – قلنا : لا ضرر هناك من التسليم ، وإنما وقع الضرر لعقد البيع حين أفرده بالتمليك . فأما اللبن والحمل فالمعنى فيهما : أنه باع بعض [١١] ما تضمنته خلقة الحيوان غير شائع [١٢] في جميعه ، فصار كبيع يده ورجله .

١٠٤٨٣ – قالوا : بيع عين بصفة [١٣] ، يوجب أن يكون باطلا ، كالسلم في الأعيان .

١٠٤٨٤ – قلنا : إذا جاز السلم في الموصوف وهو غير معين ، فجواز البيع في العين

---

(١) في (م) ، (ع) : [باع جميعه] . وفي سائر النسخ : [جاز] ، الصواب ما أثبتناه لمقتضى السياق .

(٢) في (م) ، (ع) : [هذا الوصف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حفيرة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [باسره] .

(٧) في (م) : [قسهم] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ينعقد] ، مكان : [يتعذر] ، ولفظ : [وقت] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) : [تسليم] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فإن النوى في الثمر فلأن تسليمه لا يمكن إلا بضرر ما لم يستحق إلا بالعقد] ، مكان المثبت ، وفي (ص) : [بضرب] ، مكان : [بضرر] .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) في (ع) : [سائغ] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [نصفه] .

الموصوفة أولى ؛ لأن الصفة تكون في العين المشاهدة ما لا تكون في المعدوم ، فأما إذا أسلم في عين ولم يشترط جاز ، وكان بيعًا عبر عنه بالسلم ، فإن أسلم فيها مؤجلًا بطل العقد لدخول التأجيل في العقد ؛ لأنه عقد علي عين موصوفة .

١٠٤٨٥ - قالوا : الرؤية معنى يتوصل به إلى معرفة المبيع لها تأثير في العقد ، فصار وجودها شرطًا لذلك .

١٠٤٨٦ - قلنا : يبطل بمشاهدة العيب بالمبيع ، فإنه معنى يتوصل به إلى معرفة المبيع ؛ لأنه يعلم مقدار المعقود عليه إذا رأى العين ، ولذلك تأثير في العقد ؛ لأنه إن وقف على العيب لزم العقد ، وليس وجوده شرطًا .

١٠٤٨٧ - ثم المعني في صفات السلم : أن جهالته [1] تمنع التسليم ، وهذه الجهالة لا تمنع ، والأصول موضوعة .

١٠٤٨٨ - على أن الجهالة إذا أثرت في التسليم منعت العقد ، وإن لم تمنع لا تؤثر [2] . ألا ترى : أنه لو باع صُبرة مجهولة القدر [3] ، جاز البيع ؛ لأن جهالتها لا تمنع التسليم ، ولو باع [4] صبرة غير معينة لم يجز العقد ؛ لأن الجهالة تؤثر في التسليم .

١٠٤٨٩ - وأما [5] قولهم : إن الرؤية كالصفة ، فليس [6] بصحيح ؛ لأن الصفة يعلم بها [7] الموصوف ، والرؤية فيه لا يعلم بها ، ألا ترى : أن من باع فصًا [8] فرآه المشتري وهو لا يعلم أجوهر هو أو زجاج جاز العقد وإن كانت الجهالة باقية مع الرؤية . وكذلك إذا باع الدرياق [9] فإنه متي رآه من ليس يطيقه [10] لم يعرفه . فقولهم إن الرؤية كالصفة ، غير مسلم فسقط بهذا [11] .

---

(١) في (ص) : [جهالته] .
(٢) في (م) ، (ع) : [تمنع] بدون [لم] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الوزن] .
(٤) في (ص) : [باعه] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ليس] بدون الفاء .
(٧) لفظ : [بها] مكرر في (ع) .
(٨) الفص : ما يركب في الخاتم من الحجارة الكريمة وغيرها .
(٩) والدرياق : هو التريقاق وهو دواء السموم ، فارسي معرب ، وتسمى العرب الخمر ترياقًا والمراد بالدرياق هنا : الخمر . راجع في لسان العرب ، (٣٤٢١/٥) ، المصباح المنير (٤٤٩/٢) ، المعجم الوسيط (٦٩٧/٢) . راجع في لسان العرب ، (٤٣٠/١) ، وفي المعجم الوسيط (٢٨٠/١) ، مختار الصحاح ص٢٠٣ .
(١٠) في (ع) : [بطبقه] ، وفي (ص) : [كذلك] بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(١١) في (م) ، (ع) : [هذا] .



ما يتم تحقيق البيع به

١٠٤٩٠ - قال أصحابنا : إذا تبايعا تم البيع بالإيجاب والقبول . ولا خيار لواحد منهما ، إلا أن يشترط الخيار ، أو يكون في المعقود عليه عيب ، أو وقع العقد على عين لم يرها [١] .

١٠٤٩١ - وقال الشافعي : خيار المجلس [٢] ثبت في كل عقد لازم يقصد به العوض .

١٠٤٩٢ - ومتى يقع الملك ؟ ، فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يقع بالعقد ، والثاني : يقع بالعقد وسقوط الخيار ، والثالث : موقوف مراعى ، وينقطع الخيار بالافتراق ، وأن يخير [٣] أحدهما الآخر ، فيقول له في المجلس : اختر ، فإن قال الآخر : اخترت . تم البيع . فإن سكت الآخر فخياره بحاله ، وخيار الذي خيره على وجهين ، الصحيح منهما وهو المذهب : أن خياره ينقطع . فأما إن تعاقدا على أنه لا يثبت خيار المجلس ففيه قولان ، أحدهما : لا خيار والآخر لا يسقط الخيار ولا يبطل البيع بهذا الشرط [٤] . وقيل فيه وجهان ، أحدهما : يبطل البيع ، والآخر : يبطل الشرط ، ويصح البيع بالخيار .

١٠٤٩٣ - قالوا : فإن تصرف البائع نفذ تصرفه على الأقوال كلها ، وإن تصرف المشتري ، فإن أعتق الجارية تم البيع فيها ونفذ عتقه علي قول ، فإن فسخ البيع لم ينفذ العتق .

١٠٤٩٤ - وإن قالوا : إن الملك لا يقع بالعقد ، أو قالوا : مراعى ، وإن قالوا : ملك بالعقد .

---

(١) راجع مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » (ص ٧٤) ، روضة القضاة ، « باب الخيار في البيوع » (١/٤٠٢ ، ٤٠٣) ، المسألة (٢١٠٧) ، تحفة الفقهاء ، « باب الشراء والبيع » (٢/٣٧) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ، « كتاب البيوع » ص٣١١-٣١٣ ، بدائع الصنائع ، « فصل وأما شرائط لزوم البيع » (٥/٢٨٨) ، فتح القدير مع الهداية ، « كتاب البيوع » (٦/٢٥٧ - ٢٥٩) ، البناية مع الهداية ، « كتاب البيوع » (٧/٢١ - ٢٧) ، مجمع الأنهر كتاب البيوع (٢/٦ ، ٧) ، حاشية ابن عابدين ، « كتاب البيوع » (٤/٢١) .

(٢) خيار المجلس : هو عند القائلين بثبوته : حق شرعي يثبت لكل واحد من المتعاقدين الحرية في إمضاء العقد أو فسخه ما داما في مجلس العقد ، ولم يتفرقا بأبدانهما أو يتخايرا .

(٣) في (م) ، (ع) : [وإن لم يخير] ، بزيادة : [لم] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٠٤٩٥ - قال الشافعي : لا ينفذ عتقه ؛ لأن ملكه لم يتم ، وقال ابن سريج [1] ينفذ .

١٠٤٩٦ - وإذا باع الأب مال الصغير لنفسه ، قال بعضهم : يتم البيع ، بأن يقوم من المجلس [2] ، وقال بعضهم : لا يتم أبدا حتى يقول : اخترت [3] .

١٠٤٩٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [4] / ، هذا يقتضي بالعقد إذا وجد جاز للمشتري الأكل ، وهذا خلاف قولهم . ١٢٥/أ

١٠٤٩٨ - قالوا : قصد بالآية الفرق بين الأكل والتجارة ، والأكل بالباطل لا يمتنع أن يقصد بها هذا ، وبين بها الإباحة بما [5] يسمى تجارة .

١٠٤٩٩ - قالوا : أباح الله تعالى الأكل بالتجارة ، والتجارة التي تستبيح [6] وجوه التفريق .

١٠٥٠٠ - قلنا : لسنا نرجع في وجود التجارة إلى الحكم وإنما نرجع إلى اللغة بالعرف ، والعرف يسمى العقد تجارة وإن لم يوجد فيه الافتراق .

١٠٥٠١ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [7] ، فأمر بالإشهاد

---

(١) في (م) ، (ع) : [شريح] ، وهو تصحيف ، وستأتي ترجمة ابن سريج في مسألة (٧٢٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مجلسة] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع الخيار » (٤/٣ ، ٥) ، وباب الخلاف ، « فيما يجب به البيع » (٦/٣) ، مختصر المزني ، « باب خيار المتابعين ما لم يتفرقا » (ص٧٥) ، المهذب مع المجموع ، « كتاب البيع » (١٧٤/٩) ، وقال مالك : مثل قول الحنفية ، يلزم العقد بالإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا من المجلس . راجع المسألة في المدونة في : البيعين بالخيار ما لم يتفرقا » (٢٣٤/٣) ، المنتقى في « بيع الخيار » (٥٥/٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع الخيار » (٧٠١/٢ ، ٧٠٤) ، التفريع « باب بيع الخيار » (١٧١/٢) ، « كتاب بيع الخيار » (٩٤/٢-٩٨) ، المقدمات الممهدات ، « كتاب بيع الخيار » (٩٤/٢-٩٨) ، بداية المجتهد « الباب الأول في العقد » (١٨٤/٢ ، ١٨٥) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الثاني عشر في بيع الخيار » ص ٢٧٨ ، شرح الزرقاني ، الباب السابق (١١١/٥) . وقال أحمد : مثل قول الشافعي ، المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما ، أو يتخايرا - في أصح الروايتين - وقال في رواية أخرى : إن الخيار لا يبطل بالتخاير . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « كتاب البيوع » (٣٢١/١) ، المغني ، « كتاب البيوع » (٥٦٣/٣ - ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨) ، الكافي لابن قدامة « باب الخيار في البيع » (٤٣/٢ ، ٤٤) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٣٦٣/٤ ، ٣٧١ ، ٣٧٢) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يستبيح] .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

على البيع توثيقًا ، فلو كان الاستحقاق لا يتعلق به حتى يفترق [العاقدان] [1] ولاختص الأمر بالإشهاد على البيع عند التفريق في الحال التي يصح أن توجد الوثيقة .

١٠٥٠٢ - ويدل عليه : ما روي « أن النبي ﷺ نهي عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان [2] : صاع البائع ، وصاع المشتري » [3] .

١٠٥٠٣ - وهذا يقتضي : أنه إذا جري الصاعان [4] جاز بيع المشتري وإن لم يفترقا .

١٠٥٠٤ - ويدل عليه : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يجزي ولد والده ، إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » [5] ، أي يعتق عليه . وظاهر هذا يقتضي : أنه يعتق بنفس الشراء وإن لم يوجد الافتراق .

١٠٥٠٥ - ويدل عليه : ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « إن الناس قائلون غدًا : ما [6] قال عمر . ألا إن البيع صفقة أو خيار » [7] .

١٠٥٠٦ - فجعل البيع علي ضربين : بيع خيار ، وبيع صفقة ، وعندهم البيع كله ضرب واحد ، وهو بيع خيار .

١٠٥٠٧ - ولأنه نوع خيار لا يثبت لغير المجلس ، فلا يثبت في حال المجلس في فسخ

---

(١) يبدو أن عبارة ما سقطت من مكان النقط ، ولعل هذه الزيادة [العاقدان ، ولاختص] أوضحت المعنى .

(٢) في (م) : [يجزي] ، وفي (ع) : [تجزي] ، مكان : [يجري] ، وفي (م) ، (ع) : [الصاعات] ، مكان : [الصاعان] .

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٧٥٠/٢) ، الحديث (٢٢٢٨) والدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » (٨/٣) الحديث (٢٤) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يبتاع طعامًا كيلًا ... » (٣١٦/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الصاعات] ، وهو تصحيف .

(٥) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ﷺ مرفوعا ، في الصحيح ، « كتاب العتق ، « باب فضل عتق الوالد » (١١٤٨/٢) ، الحديث (١٥١٠/٢٥) ، وأبو داود في السنن ، « كتاب الأدب ، « باب في بر الوالدين » (٦٨٢/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البر والصلة » ، « باب ما جاء في حق الوالدين (٣١٥/٤) ، الحديث (١٩٠٦) ، وابن ماجه ، في السنن كتاب الأدب « باب بر الوالدين » (١٢٠٧/٢) الحديث (٣٦٥٩) ، وأحمد في المسند ، « في مسند أبي هريرة » (٢٣٠/٢) .

(٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٧) قد ذكره ابن الجوزي بنحو هذا اللفظ دون أن ينسب إلى أحد ، في إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص ٣١١ ، وأورده الشافعي بلفظ : « أن عمر قال : البيع عن صفقة أو خيار » ، في الأم « باب الخلاف فيما يجب به البيع » (٩/٣) .

البيع . أصله : خيار المعاينة فيما اشتراه من المصر ، وعكسه خيار العيب ، وخيار الشرط اعتبار ما بعد المجلس بحال المجلس لا يصح ؛ لأن حال المجلس قد جعلت كحال العقد ، بدلالة : أنها محل لقبض ثمن الصرف وإنما جاز القبض بعده ، فكيف يكون حال المجلس كحال العقد بهذا الدليل ؟ .

١٠٥٠٨ - ولأن ما بعد المجلس بحاله لقبض ثمن الصرف ؛ لأنهما لو قاما من مجلس العقد ثم تقابضا في موضع آخر من غير افتراق جاز .

١٠٥٠٩ - قالوا : المعنى في خيار المعاينة : أنه [1] لا يثبت من جنسه شرطًا فلم يثبت شرعًا ، ولما كان خيار المجلس يثبت من جنسه شرطًا ، جاز أن يثبت شرعًا .

١٠٥١٠ - فإن خيار المعاينة يثبت شرطًا إذا باع عبدًا على أنه كاتب فوجده بخلاف ذلك لا يثبت له خيار المعاينة .

١٠٥١١ - وعلة الفرع تبطل بالأجل ؛ لأنه يثبت شرطًا ؛ ولأنه عقد فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالنكاح ، والكتابة ، والخلع ، والرهن والهبة .

١٠٥١٢ - فإن قيل : المقصود بالنكاح : الوصلة ، والمقصود بالبيع : المغالبة والمماكسة [2] .

١٠٥١٣ - قلنا : لو صح هذا لوجب أن يختلف العقدان في خيار العيب [3] ، ومع هذا فقد ثبت خيار العيب عندهم في العقدين .

١٠٥١٤ - ولأن النكاح يتأبد [4] ، فهو أولى العقود بثبوت الخيار ، حتى تثبت الوصلة ، ثم بخيار الوصلة بهذا دون غيرها .

١٠٥١٥ - قالوا : النكاح في الغالب يقع [5] بعد البحث من كل واحد من الزوجين عن حال الآخر ، فلم يحتج إلى ثبوت خيار المجلس ، والبيع يقع من غير بحث ، فاحتاج إلى خيار المجلس ، ليستدرك به [6] حقه ، لإمكان يمكنه أن ينظر إليه عند العقد ، ويمكنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المعاينة والمكاتبة] .

(٣) في (م) : [في خيار الرؤية العيب] ، وفي (ع) : [في خيار لرؤية العيب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتأيد] ، وفي (ص) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

أن يشترط الخيار فيستدرك [١] في مدة الخيار هذا المعني ، فإذا عدل عن ذلك يسقط حق نفسه ، فلم يثبت له خيار .

١٠٥١٦ - قالوا : المعنى في النكاح أنه لا يثبت فيه خيار الشرط ، كما لا يثبت الخيار بكل عيب ؛ لأن المقصود الوُصْلة ، ولهذا يفتقر الوكيل بالنكاح إلى تسمية موكّله ؛ لأن عينه المعقودة ، وليس كذلك البيع ؛ لأن خيار الشرط يصح فيه ويرد بكل عيب ولا يفتقر الوكيل إلى ذكر موكله .

١٠٥١٧ - قلنا : أما اختلافهما في خيار الشرط ، والصرف ، فالبيع يختلف في جواز شرط الخيار ولكن يثبت خيار المجلس فيهما جميعًا ، وأما اختلافهما في خيار العيب [فيثبت في البيع] [٢] لفوات المقصود بالعقد بنقصانه ، أما في النكاح فقولان والمقصود : وهو [٣] ما أوجب نقصان الثمن .

١٠٥١٨ - وأما اختلافهما في إضافة الوكيل البيع إلى نفسه ، وإضافة [٤] النكاح إلى موكله .

١٠٥١٩ - ولأن المعقود [٥] عليه في البيع يصح أن ينتقل إلى واحد ثم منه إلى غيره ، فجاز أن يضاف إلى واحد وإن وقع العقد لغيره [٦] ، والنكاح لا ينتقل العقد عليه [٧] إلى واحد ثم ينتقل منه إلى غيره ، فلذلك لا يضاف إلى واحد ، والعقد يقع لغيره .

١٠٥٢٠ - قالوا : المعتبر في الكفاية أن المولى قد تحقق العين [٨] ؛ لأنه باع بماله ، والمكاتب له الخيار على التأبيد .

١٠٥٢١ - فقلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن المكاتب لا خيار له مع إمكان [٩] الأداء ، وأما تحقق المولى الغبن فلا يمنع ثبوت خياره ، كمن باع ما يساوي مائة [١٠] بدرهم ، فهو متحقق الغبن وإن ثبت له الخيار عندهم .

١٠٥٢٢ - ولأنهما أثبتا العقد الصحيح من طريق القول فيما شاهداه ، فلم يثبت

---

(١) في (ص) : [للستدرك] وهو تصحيف .

(٢) زيادة ليست في (م) ، (ع) ، ولا في (ص) وفي هامشها عبارة : [فعندهم يثبت خيار العيب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [هو] بدون العطف . (٤) في (م) ، (ع) : [واضافته] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المقصود] . (٦) في (م) ، (ع) : [إلى غيره] .

(٧) الضمير في عليه عائد على المعقود عليه .

(٨) في (م) ، (ع) : [العين] ، وفي (ص) : [العين] بدون نقطة الأولى والثانية ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) في (م) : [إمكانه] . (١٠) الزيادة من (ع) .

لهما خيار من غير نقص كما بعد الافتراق .

١٠٥٢٣ - ولأنه خيار مختص بفرقة [١] ، فلا يثبت في العقد حكمًا ، كخيار الشرط .

١٠٥٢٤ - ولأنه عقد صحيح فيه الإيجاب والقبول ، فلا يقف تمامه علي الافتراق ، كالهبة .

١٠٥٢٥ - ولأن التراضي بالعقد لو لم يقم به العقد لم يجز أن يتم بالتراضي بغيره .

١٠٥٢٦ - فلما قالوا : إنه لو خيره بعد الافتراق فاختار تم البيع : دل على أن التراضي الأول أتمّ [٢] البيع .

١٠٥٢٧ - فإن قيل : رضا البائع بالبيع لا يسقط منفعته ، ولو رضي بعد البيع سقطت .

١٠٥٢٨ - قلنا : حقه يثبت بعد البيع فرضاه قبل ثبوت حقه لا يسقط ، وفي مسألتنا : حق كل واحد من العاقدين أن لا يلزمه العقد بغير رضاه ، وإذا رضي بالعقد فقد استدرك حقه ، فلا معني لاعتبار تكرار الرضا .

١٠٥٢٩ - ولأن خيار المجلس لو ثبت في البيع [٣] منع [٤] من صحة قبض ثمن الصرف في المجلس ؛ لأنه يقتضيه [٥] مع ثبوت الفسخ فيه ، والافتراق قبل صحة القبض يبطل عقد الصرف ، كما لو افترقا وقد شرط الخيار ، وهذا يوجب أن لا يصح صرف أبدًا .

١٠٥٣٠ - ولأنه إذا شرط الخيار في البيع مدة معلومة لم يخل أن يكون ابتداء المدة عقيب العقد أو عقيب الافتراق ، ولا يجوز أن يكون عقيب العقد لأنه ليس بقول لهم . ولأن كل حالة لا يثبت فيها خيار الشرط لم يثبت فيها خيار المجلس كما بعد الافتراق ، ولا يجوز أن يكون ابتداء المدة عقيب الافتراق ؛ لأن المجلس يطول ويقصر فيؤدى ذلك إلى جهالة مدة الخيار ، وهذا لا يصح [٦] .

١٠٥٣١ - واحتج المخالف : بما روي مالك عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما « أن النبي ﷺ قال : إذا تبايع المتبايعان فلكل واحد منهما الخيار من بيعه ، أو يكون بيعهما على

---

(١) في (ص) : [بقرقه] .

(٢) في (ص) : وسائر النسخ [تم] وهو فعل لازم والسياق يقتضي المتعدى وذلك ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [في العقد] . (٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بقبضه] .

(٦) في (م) : [لاصح] ، وفي (ع) : [الأصح] ، مكان : [لا يصح] .

خيار » [١] .

١٠٥٣٢ - وروى حكيم بن حزام ، وأبو برزة الأسلمي « أن النبي ﷺ قال : المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » [٢] .

١٠٥٣٣ - وذكر البخاري حديث الليث بن سعد ، عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن تفرقا بعد أن يتبايعا ، فلم ينو [٣] واحد منهما البيع ، فقد وجب البيع » [٤] .

١٠٥٣٤ - قالوا : وقولنا بائع : اسم مشتق من فعل ، فلا يطلق اسم البائع [٥] إلا بعد وجود الفعل [٦] ، كالقاتل ، والشاتم ، فصار حقيقة الاسم بعد وجود البيع منهما ، لهما الخيار ما لم يتفرقا .

١٠٥٣٥ - والجواب : أن الخبر خبر واحد ، وقد اختلف على [٧] نافع فيه ونعلم أن النبي ﷺ لم يقل جميع هذه الألفاظ ، وإنما تكلم بواحد منها [٨] ، فوجب التوقف حتى يعرف لفظ رسول الله ﷺ منها [٩] فيعمل بمقتضاه .

١٠٥٣٦ - وقد روى مالك هذا الحديث ولم يعمل بظاهره ؛ لأن أهل المدينة لم

---

(١) حديث ابن عمر رضي الله عنه : أخرجه مالك ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع الخيار » (٦٧١/٢) الحديث (٧٩) ، والبخاري من طريق مالك ، في الصحيح ، كتاب البيوع ، « باب كم يجوز الخيار » (١٢/٢ ، ١٣) ، ومسلم في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين » (١١٦٣/٣ ، ١١٦٤) .

(٢) أخرجه البخاري بهذا اللفظ ، في الصحيح ، « كتاب البيوع ، « باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا (٧/٢) ، ومسلم ، في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب الصدق في البيع والبيان » (١١٦٤/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في خيار المتبايعين (٢٦٩/٢) والترمذي في السنن ، « كتاب البيوع » باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا » (٥٣٩/٣ ، ٥٤٠) ، والنسائي في السنن « كتاب البيوع » ، (٢٤٧/٧ ، ٢٤٨) . وحديث أبي برزة الأسلمي رضي الله عنه : أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ ، في السنن ، « كتاب التجارات » ، « باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (٧٣٦/٢) الحديث (٢١٨٢) ، وابن أبي شيبه في المصنف ، « كتاب البيوع » في « من قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (٣٠٧/٥) .

(٣) في (ص) : [فلم ينوى] ، وفي (م) ، (ع) : [فلم يرى] .

(٤) حديث ابن عمر رضي الله عنه : أخرجه البخاري في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع (١٢/٢ ، ١٣) ، ومسلم ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب ثبوت خيار المجلس للمتابعين » (١١٦٣/٣) ، الحديث (١٥٣١/٤٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الفاعل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الفعل منه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٨ ، ٩) في (م) : [منهما] .

يعملوا به ، وهذه طريقة صحيحة ؛ لأن حديث عدي بن بركة عمل به أهل المصر [١] ، وعمل العلماء أولى أن يرجع إليه من خبر واحد يجوز أن يكون على [٢] غير ظاهره ، وقد عارض ظاهِرَه أخبارٌ متفق على استعمالها ، وهو نهيه عليه [الصلاة] والسلام : عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان . وقوله من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع .

١٠٥٣٧ - وقد تمسَّك أبو يوسف بما روى عنه بشر بن الوليد من تأويل هذا الحديث أنه محمول على المشترى إذا ساوم ، فقال : بعنى هذا العبد بألف . فقال البائع بعتك ، فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء البائع رجع عن الإيجاب وإن شاء أقام عليه ، والمشترى بالخيار ، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل ، فإذا افترقا عن مجلسهما بطل خيار كل واحد منهما ، وهذا تأويل صحيح لأن حقيقة المتبايعين المشتغلان [٣] بالبيع كالمتفاعلين / ، وإن تم البيع فقد يقضى بينهما بالاسم ، فهما مجاز لأنهما كانا متبايعين وعمل اللفظ على الحقيقة أولى ، وإلى هذه الطريقة ذهب عيسى بن أبان . ١٢٥/ب

١٠٥٣٨ - قلنا هذا قول ترده اللغة والشرع ؛ لأن في اللغة من لم يوجد منه الفعل لا يسمى فاعلًا ، وفي الشرع لو قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، فقال له المشترى : بعني ، فقال بعتك ، لم يعتق .

١٠٥٣٩ - قلنا : أما اللغة فقد وجد من كل واحد منهما لفظ البيع ، وذلك بيع لفظي ، والاسم تابع لما يفعله أهل اللغة دون الأحكام الشرعية .

١٠٥٤٠ - ثم أهل اللغة لا يقولون فاعلًا بعد انقضاء فعله [٤] ، إلا مجازًا ، بمعنى : كان فاعلًا .

١٠٥٤١ - وأما الشريعة [٥] فإن الأيمان محمولة على العرف لا على مطلق الاسم ، وسقط هذا .

١٠٥٤٢ - قالوا : لا حقيقة لهذا الاسم بحال ؛ أمَّا في العقل ، فإنما يقال : كانا متبايعين ، وحال تشاغلهما بالعقد مجاز أيضًا ؛ لأن البائع إذا أوجب [٦] البيع لا يقال :

---

(١) في سائر النسخ : [أهل المصر] ، ولعل الصواب : [عمل به أهل المصر] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) هكذا في (ص) والصواب [المشتغلين] .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [يقضي] .
(٥) في (ص) : [الشريعة] . (٦) في (م) ، (ع) : [وجد] .

باع قبل قبول المشتري ، ولا يقال للمشتري : مبتاع قبل القبول ، وإنما سيصير [١] مشتريًا ، فالحالان جميعًا مجاز .

١٠٥٤٣ – قلنا هذا كلام من لا يعرف اللغة ؛ لأن الاسم لا يكون مجازًا [٢] ، وبعد الفعل قد تلف الاسم [٣] . وحال التلبس به والتشاغل هي [٤] الحقيقة ، والمجاز عنها فرع ، وعليها حمل الخبر وكنا أولى به .

١٠٥٤٤ – فأما قولهم : كيف يكون فاعلًا ولم يوجد الفعل فلا يصح ؛ لأن جزءًا قد وجد في الإيجاب والقبول ، وقد يكمل [٥] الفعل به ، فتلك الحالة هي الحقيقة إلا أنها مع ما قبلها من أجزاء [٦] الزمان الذي تشاغلا بالفعل ، كالشيء الواحد ؛ لأنه بجميع تلك الأجزاء قد [٧] يكون الفعل ، فجعلوها كالحالة الواحدة ، والشيء الواحد ، وصار الاسم حقيقة في جميعها ، وليس يمكن أن يجعل [٨] أهل اللغة الحقائق إلا هكذا .

١٠٥٤٥ – قال مخالفنا : فإذا ثبت أن الاسم في الموضعين مجاز لا حقيقة له ، قالوا لنا : فقد تساوينا .

١٠٥٤٦ – قلنا : بل معنا [٩] ترجيح من ستة أوجه :

١٠٥٤٧ – أحدها : أنا استعملنا المجاز من وجه واحد ، وهو : أنا سميناهما بعد الفعل ، وحملتم اللفظ على المجاز من ثلاثة أوجه فجعلتموه بائعًا قبل البيع ، ومشتريًا قبل الشراء [١٠] ، وسميتموه بائعًا ولا بيع وهذا مجاز ، كمن سمى قاتلًا ولا مقتول .

١٠٥٤٨ – قلنا : هذا كلام أسقطناه ؛ لأنا لم نسلم التساوي في المجاز ، بل بينا أن الحقيقة معنى ، ولا وجه للترجيح على ما قالوه ، وفاسد ؛ لأنهم إذا [١١] حملوا اسم البائع على ما [١٢] بعد البيع ، فقد سموا البائع بائعًا بعد بيعه ، والمشتري مشتريًا بعد

---

(١) في (م) : [يصير] .
(٢) في (م) : [مجاز] ، أي في ذاته ودونما نسبة للفعل .
(٣) أي ينتهي الاسم بانتهاء الفعل في الواقع ، كضارب لا يطلق على فاعله في الحقيقة بعد انتهاء الضرب .
(٤) في (م) ، (ع) : [على] مكان : [هي] .
(٥) في (م) ، (ع) : [كمل] .
(٦) في (م) ، (ع) : [آخر] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن يحصل على] .
(٩) في (م) ، (ع) : [معناه] .
(١٠) في (ص) : [الشرى] ، وفي (م) ، (ع) : [المشترى] .
(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

شرائه ، وحملوا الاسم المشتق من الفعل على حال تقضيه [١] وهذا استعمال المجاز من ثلاثة أوجه أيضا ، والترجيح للثاني [٢] .

١٠٥٤٩ – قالوا : نستفيد بما ذكرنا حكمًا شرعيا في مسألة الخلاف ، وما ذكروه لا يفيد حكمًا إلا ثبوت الخيار قبل تمام العقد ، وهذا ثابت بالإجماع .

١٠٥٥٠ – قلنا [٣] : بل نستفيد بهذا الخبر أن الموجب للبيع يجوز له الرجوع عن إيجابه ، ولولا الخبر لم يُقَلْ ذلك ، ولجاز أن يكون كإيجاب الطلاق والعتاق ، لا يرجع فيه .

١٠٥٥١ – وفائدة أخرى : أن الإيجاب يبطل بالافتراق [٤] ، فلولا ذلك لم يبطل حكم الإيجاب بعد المجلس .

١٠٥٥٢ – قالوا : والثالث : أن النبي ﷺ أوجب لهما الخيار بمعنى واحد ، وهو أن لكل واحد منهما خيار الفسخ ، وعندكم معنى الخيار لهما مختلف ؛ لأن البائع له خيار المنع من القبول ، والمشتري [٥] له خيار ، هو القبول .

١٠٥٥٣ – قلنا : الظاهر يقتضي ثبوت الخيار إلى غاية ، فأما أن يدل الظاهر على أن الخيار [بعينه لمعنى واحد ، فلا دلالة فيه .

١٠٥٥٤ – ولأن عندنا يثبت الخيار] [٦] لمعنى واحد ، وهو أن العقد لم يثبت بالإيجاب والقبول ، فيثبت الخيار [٧] لكل واحد منهما في إثباته أو فسخه .

١٠٥٥٥ – قالوا : والرابع : أن النبي ﷺ جعل الخيار إلى غاية ، وعندكم التبايع [٨] إلى غاية .

١٠٥٥٦ – قلنا : بل الخيار عندنا من تمام العقد يثبت [٩] إلى غاية .

١٠٥٥٧ – قالوا : والخامس : أن الخبر إذا احتمل أمرين ، وقد فسره الراوي بأحدهما ، وجب حمله علي ما فسره الراوي ، وقد فسره ابن عمر بما قلنا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [مقتضيه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الثاني] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) : [بالافراق] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فالمشتري] .
(٦) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) في (ص) : [التبايع] بدون نقط .
(٩) في (ع) : [ثبت] .

١٠٥٥٨ – قيل لهم : الذي روى عن ابن عمر أنه كان يفارق إذا باع حكاية فعل فيكون فَعَلَ [١] ذلك احترازا من قول من يجوز أن يحمل الخبر على هذا ، ليس أنه [٢] مذهبه ، وفعل النبي ﷺ المحتمل لا يحتج به ، فكيف ابن عمر .

١٠٥٥٩ – وقد روى يحيى بن معبد [٣] عن محمد تأويلًا آخر ، فقال [٤] : الخبر محمول على المتساويين المتقابلين في البيع ، وأن لهما [٥] الخيار ما لم يتفرقا بأقوالهما ، يوجب هذا ويقبل هذا ، وإذا افترقا بالقول سقط خيارهما ، ولزم البيع لكل واحد منهما .

١٠٥٦٠ – قال محمد : وهذا قول أبي حنيفة ، والمتساومان [٦] يسميان متبايعين لغةً وشرعًا .

١٠٥٦١ – فأما الشرع : فروي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » [٧] ، كما روى أنه قال : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه » [٨] ، فسمى عليه الصلاة والسلام : السوم بيعا [٩] .

١٠٥٦٢ – وأما اللغة : فيقولون : هذا مشترٍ لهذه السلعة ، وفلان بائع لها ، وفي السوق باعةُ المشْتَرَى قليل ، وقد حضر السوق الباعة [١٠] ، ولم يحضر المشتري .

١٠٥٦٣ – فهذا يدل على [١١] تناول اسم المتساومين [١٢] ، والافتراق بالأقوال

(١) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (ع) : [أن] .
(٣) في جميع النسخ : [معبد] ، ولعل الصواب : [معيد] بالياء ، وهو : قوام الدين ، يحيى بن معيد العماد الكاتب ، راجع ترجمته في سير أعلام النبلاء (٦٣/٢٢) ، في الترجمة (٤٧) .
(٤) في (م) ، (ع) : [فذاك] .
(٥) في النسخ : [فلهما] ، وما أثبتناه أوضح .
(٦) في (م) ، (ع) : [المتساويان] .
(٧) متفق عليه ، من حديث ابن عمر ، وأبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب لا يبيع على بيع أخيه » (١٦/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه » (١١٥٤/٣ ، ١١٥٥) .
(٨) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا ، في الصحيح كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١٥٤/٣ ، ١٥٥) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه (٧٣٤/٢) ، الحديث (٢١٧٢) .
(٩) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١١) ساقطة من (ع) .
(١٢) في (ع) : [المتساويين] .

يسمى افتراقا كما يسمى الافتراق بالأبدان ، بدلالة « أنه يقال [١] للمجتمعين في مكان واحد ، أو المفترقة [٢] أقوالهم في شيء : افترقوا ، كما يقال : اختلفوا . وقال الله تعالى : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ ﴾ [٣] . وقال عليه الصلاة والسلام : « تفترق أمتي [٤] نيفا وسبعين فرقة » [٥] .

١٠٥٦٤ – وإذا تناول اللفظ [٦] أمرين وجب حمله على أولهما ، وهذه فرقة الأقوال ؛ لأن قوله : « حتى يفترقا » إذا حملناه على [هذا حملناه على] [٧] ما جري له ذكر ، وإذا حملوه على المجلس حملوه على ما لم يجز له ذكر .

١٠٥٦٥ – ولأن الخيار ما وقف على رأيهما ، وما نقوله [٨] من التتابع [٩] يعود إلى فعلهما ، واختيارهما . وما يقولونه من التفرق بالأبدان [١٠] لا يعود إلى رأيهما . ألا ترى : أن أحدهما لو أراد أن يفارق الآخر ليتم العقد لم يقدر على ذلك ؛ لأن الآخر [١١] قد يقوم معه .

١٠٥٦٦ – فإن قيل : حقيقة التفرق تفيد تباعد الأشخاص .

١٠٥٦٧ – قلنا : لا نسلم ذلك ، بل قد بينا أن التفرق يطلق في الأقوال ، والأصل في الاستعمال الحقيقة .

١٠٥٦٨ – فإن قيل : التفرق ما كان عن اجتماع ، وذلك يوجد في تفرق [١٢] الأبدان دون الأقوال .

١٠٥٦٩ – قلنا : ويؤثر أيضًا في الأقوال ؛ لأن المتفقين [١٣] على قول واحد إذا اختلفا فقد تفرقا بعد اجتماعهما . وفي مسألتنا : اتفقا على التساوي ثم افترقا ، فصارا باتفاق [متبايعين] [١٤] ، وانتقل إلى كل واحد منهما ما كان على ملك الآخر فافترقا بهذا المعنى بعد الاجتماع .

---

(١) في (ص) : [قال] .
(٢) في (م) ، (ع) : [والمفترقه] .
(٣) سورة البينة : الآية ٤ .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) أخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة مرفوعا ، في السنن ، « كتاب الأيمان » ، « باب ما جاء في افتراق هذه الأمة (٢٥/٥ ، ٢٦) ، وابن ماجه في حديث أبي هريرة ، في السنن « كتاب الفتن » ، « باب افتراق الأمم » (١٢٢١/٢ ، ١٣٢٢) .
(٦) في (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) : [الاسم] .
(٧) سقط من النسخ جميعها ويوجبه السياق .
(٨) في (م) : [يقوله] .
(٩) في (م) ، (ع) : [البائع] .
(١٠) في (ع) : [التفرقة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [لا الآخر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [تفريق] .
(١٣) في النسخ : [متفق] ولا يصح في المعنى والسياق . (١٤) ما بين المعكوفتين زيادة : [بدل] هذا مبيعا .

١٠٥٧٠ - فإن قيل : فالبيع [1] ليس بافتراق بل هو اجتماع واتفاق ؛ لأن البائع أوجب البيع فقبل [2] المشتري .

١٠٥٧١ - فإن قيل : فقد وافقه ، وهكذا فارقه [3] .

١٠٥٧٢ - قلنا : هذا اختلاف [4] من الوجه الذي ذكرنا ، وإن كان اتفاقا في وجه لم يعتبر للمعنى [5] الافتراق من كل الوجوه .

١٠٥٧٣ - فإن قيل : النبي ﷺ مدَّ الخيار إلى التفرق وعندكم يمتد إلى الإيجاب والقبول .

١٠٥٧٤ - قلنا : قد بينا أن الإيجاب يفرق عن التساوى ، وأن الواجب أن يجعل غاية الخيار أولى ما يتناوله الاسم .

١٠٥٧٥ - قالوا : ومن حديث الليث : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا . فإن تفرقا بعد أن تبايعا فلم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » [6] .

١٠٥٧٦ - قلنا : هذا محمول على ما قررنا ؛ لأن التبايع والتساوم ، والتفرق بعده هو التعاقد ، حتى حصل التفرق بالإيجاب والقبول بعد التلاقي ، من غير أن يترك أحدهما البيع بإبطال الإيجاب [فقد] [7] وجب البيع .

١٠٥٧٧ - قالوا : روي من حديث عبد الله بن عمرو « حتى يتفرقا [8] من مكانهما » [9] .

١٠٥٧٨ - قلنا : هذا صحيح على تأويل أبي يوسف ، وهو معارض بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا من بيعهما أو يكون بيعهما بخيار » [10] ، وهذا شاهد لتأويل [11] محمد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فالبائع] .
(٢) في (ع) : [كقبل] .
(٣) في (ص) : [فقد وافقه وها فارهه] .
(٤) ساقطة من (م)، (ع)، وفي (م): [هو اختلاف].
(٥) في (م) ، (ع) : [في وجه آخر لم يعتبر للسى] .
(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في هذه المسألة .
(٧) إدراج اقتضاه السياق .
(٨) في (م) ، (ع) : [تفرقا] .
(٩) حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه : أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » (٢٧١/٥) .
(١٠) في سائر النسخ : [خيار] . وحديث أبي هريرة رضي الله عنه : أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، « كتاب البيوع » ، في « من قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (٣٠٨/٥) الحديث (٤) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب خيار البيعين حتى يتفرقا » (١٣/٤) وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » (٢٤٩/٧) .
(١١) في (م) ، (ع) : [شاهد لنا تأويل محمد] .

١٠٥٧٩ - فإن قيل : إذا اختلفا في تأويل الخبر وجب حمله على [1] تأويل الراوي ؛ لأنه شاهد التنزيل ، وقد بينا أن ابن عمر حمل الخبر على التفرق [2] بالأبدان .

١٠٥٨٠ - قلنا : هذا أصل لكم ، والذي نقول : [3] أن الواجب اعتبار ما دل [4] عليه الدليل ، وتشهد [5] له الأصول .

١٠٥٨١ - ثم راوى هذا الخبر أبو برزة [6] ، وقد حمل الخبر على التفرق [7] في السفر .

١٠٥٨٢ - وقد روى [8] حماد بن زيد ، عن حميد بن مرة [9] عن أبي الوضيء « قال : نزلنا منزلًا ، فباع رجل صاحب لنا من رجل فرسا ، فأقمنا في منزلنا يومنا وليلتنا ، فلما كان الغد قام الرجل يسرج فرسه ، فقال له صاحبنا [10] : إنك قد / بعتني [11] فاختصما إلى أبي برزة ، فقال : إن شئتما قضيت بينكما بقضاء رسول الله ﷺ ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وما أراكما تفرقتما » [12] .

١٢٦/أ

١٠٥٨٣ - ومعلوم أن قيام البائع إلى فرسه مفارقة ولم يعتبر [رضا بالبيع] [13] ، فلم يجب الرجوع إلى تأويل ابن عمر ، دون تأويل [14] أبي برزة . وقد بينا أن ابن عمر جاز أن يكون فعل ذلك تحرزًا من حاكم [15] بتأويل الخبر ؛ لأنه مذهبه .

---

(١) قوله : [تأويل الخبر وجب حمله على] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [التفريق] .

(٣) في (م) : [يقول] والقول هنا بمعنى الفتوى .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما يدل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ويشهد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أبو هريرة] .

(٧) في (ع) : [التفريق] .

(٨) الزيادة (م) ، (ع) ، ولفظ : [روى] ساقط من (م) .

(٩) في سائر النسخ : [حميد بن مرة] ، وكذلك في المعاني للطحاوي ، ولعل الصواب كما ذكر أصحاب السنن : « جميل بن مرة » . وهو : جميل بن مرة الشيباني البصري ، من السادسة ، روى عن أبي الوضيء ، وروى عنه : هشام ابن حسان ، وحماد بن زيد وغيرهما ، قال ابن معين : « جميل بن مرة ثقة » . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٥١٨/٢) ، الترجمة (٢١٤٢) ، المغني ص ١٣٦ ، الترجمة (١١٨٨) ، تقريب التهذيب (١٣٤/١) ، الترجمة (١١٤) .

(١٠) في النسخ : [صاحب لنا] والمثبت أولى .

(١١) في (ص) ، (م) : [ليسرج] .

(١٢) أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ ، (١٣/٤) ، وأبو داود بمعناه ، في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في خيار المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » (٢٧٠/٥) ، والدارقطني من طريق هشام بن حسان ، في السنن « كتاب البيوع » (٦/٣) الحديث (١٤ ، ١٥) .

(١٣) [بهما] بدل ما بين المعكوفتين ، والمثبت هو الصحيح من جهة المعنى .

(١٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٥) في (ع) : [احترازًا من حكم] .

١٠٥٨٤ - فإن قيل : حمل الخبر على ما يقولون يبطل تخصيص البيع ؛ لأن العقود كلها يجوز الرجوع فيها عن الإيجاب .

١٠٥٨٥ - قلنا : وكذلك [١] لزوم الثمن لا بحضور خيار المجلس بل بثبوته [٢] كما في عقود أخرى كثيرة . ونحن نثبت ما يذكره [٣] من الخيار في البيع وما في معناه ليكون فرقا بين هذه العقود وبين الطلاق والعتاق .

١٠٥٨٦ - فإن قيل : ذكر الدارقطني حديث ابن عباس ﷺ « أن النبي ﷺ قال : من اشترى بيعا ، فوجب له ، فهو بالخيار ما لم يفارقه صاحبه ، إن شاء أخذ ، فإن فارقه فلا خيار له » [٤] .

١٠٥٨٧ - قلنا : روى هذا الخبر عن أبي معيد [٥] ، عن سليمان بن موسى عن نافع ، عن ابن عمر . وعن عطاء ، عن ابن عباس .

١٠٥٨٨ - وأبو معيد هو حفص بن غيلان [٦] ساقط الحديث ، وسليمان بن موسى ذكره البخاري من الضعفاء [٧] لا يثبت بروايتهما حجة ؛ ولأن قوله : « فوجب له » متروك الظاهر ؛ لأن عندهم لا يجب له ما داما في المجلس [٨] من غير تغيير ؛ فعندنا معناه : من طلب الشراء فأوجب له ، فهو بالخيار . وعندهم معناه [٩] : من عقد له فلم

---

(١) في (ص) : [ولذلك] . (٢) في (ص) : [سوند] .

(٣) في (ع) : [نذكره] .

(٤) أخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس ، في السنن « كتاب البيوع » ، (٥/٣) الحديث (١١) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار (٢٧٠/٥) ، وابن عدي بمعناه في الكامل (٢٦٨/٣) . (٥) في (م) ، (ع) : [أبي سعيد] .

(٦) في جميع النسخ : [جعفر بن غيلان] والصواب ما أثبتنا من كتب التراجم . وهو : حفص بن غيلان ، أبو معيد الرعيني الدمشقي قال أبو حاتم وغيره : لا يحتج به ، وقال ابن معين : [ثقة] ، وقال ابن عدي : [وهو عندى لا بأس به ، صدوق] . الجرح والتعديل (١٨٦/٣) ، الكامل (٣٩٤/٢ ، ٣٩٥) ، الترجمة (٥١٨/١٤٨) ، المغني (١٨٢/١) ، الترجمة (١٦٤١) ، تقريب التهذيب (١٨٩/١) ، الترجمة (٤٦٧) .

(٧) سليمان بن موسى : هو أبو أيوب ، سليمان بن موسى الدمشقي الأسدى الأشدق ، قال البخاري : « عنده مناكير » ، وقال النسائي : ليس بقوي ، وقال أبو حاتم : « محله الصدق ، وفي حديثه بعض الاضطراب » ، وقال ابن عدي : « ثبت صدوق » . راجع ترجمته في : الضعفاء الصغير ص ٥٣ ، ٥٤ ، الجرح والتعديل (١٤١/٤ ، ١٤٢) ، الكامل (٢٦٣/٣ ، ٢٧٠) ، المغني ص٢٨٤ ، تقريب التهذيب (٣٣١/١)

(٨) في (ع) : [ما دام] ، وحرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

يجب فله الخيار ، ولنا فيها في تركه الظاهر .

١٠٥٨٩ - احتجوا : بقوله ﷺ « المتبايعان [١] بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » [٢] .

١٠٥٩٠ - قالوا : بيع الخيار ، هو أن يطلق البيع ثم يخير أحدهما الآخر .

١٠٥٩١ - ومن أصحابه [٣] من قال : بيع الخيار أن يقع العقد على شرط ألا خيار فيه ، فإذا تقرر هذا فالاستثناء من الإثبات نفي ، ومن النفي إثبات ، فلما قال : « المتبايعان بالخيار » فقد أثبت ، ثم قال : « إلا بيع الخيار » فيجب أن يكون الاستثناء في الخيار ، وهذا لا يكون إلا قولنا ؛ لأن العقد لا يلزم حتى يتفرقا إلا بيع الخيار الذي بيناه ، فإن العقد يلزم من غير افتراق .

١٠٥٩٢ - الجواب : أن قوله : « المتبايعان » اسم الفاعل ، فقوله : « إلا بيع الخيار » مصدر ، ولم يتقدم ذكر مصدر حتى يخرج بعضه بالاستثناء ، فكان هذا الاستثناء منقطعا بمعنى : « لكن » ، ولا يلزم أن يكون إثباتًا من « لكن » أو نفيًا من إثبات ؛ لأن هذا لا يكون من الاستثناء الصحيح . فأما المنقطع : فالذي يلزمه [٤] فيه أن يخالف الأول ضربًا [٥] من الخلاف ، فتقدير الخبر كل متبايعين أو كل متشاغلين على ما قدمنا ، فلا بيع بينهما حتى يفترقا ، لكن بيع الخيار ، وإن افترقا لا يتم البيع بينهما ، فإن إثبات الخلاف من وجه يكفي في عدم الاستثناء المنقطع .

١٠٥٩٣ - وحملنا قوله عليه الصلاة والسلام : « إلا بيع الخيار » [٦] على ظاهره في البيع المشروط فيه الخيار ، وهذا هو المفهوم من الخيار في الشرع ، فأما الذي قالوه فلا يعرف .

١٠٥٩٤ - وكيف يصح أن يحمل اللفظ على البائع [٧] بشرط أن لا خيار [٨] ، ويسمي ذلك بيع خيار ، وهو بيع نفي [٩] الخيار فيه .

١٠٥٩٥ - فأما قوله بعد العقد : « اختر » فهو تخيير من أحدهما للآخر بعد وقوع العقد لا يوصف العقد به ، وقد خلا العقد منه ، وتأخر عنه .

---

(١) في (ع) : [البايعات] .
(٢) تقدم تخريجه من حديث أبي هريرة .
(٣) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يلزم] .
(٥) في (ع) : [خبرنا] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (ع) : [الأخيار] .
(٩) في (م) ، (ع) : [بقي] .

١٠٥٩٦ - وأجاب [1] أصحابنا بجواب آخر ، فقالوا : قوله : « البيعان [2] بالخيار ما لم يتفرقا » غاية ، وحكم الغاية : أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها فصار ذلك كالمنطوق . فكأنه قال : « البيعان [3] بالخيار ما لم يتفرقا » فيتم البيع بينهما إلا بيع الخيار ، فإنهما وإن تفرقا لم يتم البيع بينهما . وهذا كقوله تعالى ﴿ إِنِّي [4] لَا يَخَافُ لَدَيَّ ٱلْمُرْسَلُونَ ۝ إِلَّا مَن ظَلَمَ ﴾ [5] ، فقد فسره ، لكن يخاف الظالمون إلا من ظلم [6] ثم بدل حسنًا بعد سوء ، فهذا تأويل الاستثناء على وجه صحيح ، وحمل بيع الخيار على ما يتناوله إطلاق اسم الخيار [7] ، ويعرفه أهل الشرع .

١٠٥٩٧ - فإن قيل : روى موسى بن عقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يكون بيعهما عن خيار ، فإن كان بيعهما عن خيار ، فقد وجب البيع » [8] .

١٠٥٩٨ - قالوا : وهذا يدل أن بيع الخيار ما ذكرناه .

١٠٥٩٩ - قلنا : لا يدل ، إنما معنى قوله : « أو يكون بيعهما عن خيار » فلا يتم الأمران .

١٠٦٠٠ - وقد تكلمنا على الأخبار التي [9] أوردوها ، فقد ذكر الدارقطني في هذا الحديث عن ابن وهب ، عن الليث أن نافعًا حدثه ، عن ابن عمر ﵁ أن النبي ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحدٍ منهما بالخيار ما لم يتفرقا [10] ، وكانا جميعًا ، أو يخير أحدهما الآخر فيتبايعان على ذلك ، فقد وجب البيع » [11] ، وهذا يدل على أن [12] التخيير المذكور قبل التبايع ، وأنه لا خيار بعده .

١٠٦٠١ - وقد روى في حديث ابن عمر ﵁ أن النبي ﷺ قال : « ولا يحل له أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [فاب] .
(٢ ، ٣) في (ع) : [البايعان] .
(٤) في (ع) : [إنه] وهو خطأ .
(٥) سورة النمل : الآية ١٠ ، ١١ .
(٦) من قوله : [قد فسره] إلى قوله : [إلا من ظلم] ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : « على ما يتناوله الاسم الخيار على ما يتناوله إطلاق الاسم الخيار » ، مكان المثبت ، وهو مضطرب .
(٨) في جميع النسخ : [بينهما] ، وهذا الحديث تقدم تخريجه من طرق أخرى بألفاظ متقاربة .
(٩) في (م) : [الذي] .
(١٠) في (ع) : [يفترقا] .
(١١) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » (٥/٣) ، الحديث (١٢) .
(١٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

يفارقه خشية يستقيله » [١] ، فلو كان البيع لا يلزم قبل الفرقة لم تدخله الاستقالة ؛ لأنها لا تدخل في بيع تام صحيح [٢] ، وإنما نهاه عن المفارقة خشية الاستقالة عن طريق الأولى ؛ لأن الإنسان مندوب إلى الإقالة .

١٠٦٠٢ - فإن قيل : فكيف يلزم البيع على تأويلكم بقوله : « اختر » ؟ .

١٠٦٠٣ - قلنا : هذا عندنا يقوم مقام الإيجاب إن قاله البائع ، ومقام القبول إن قاله المشتري فيتم به البيع إذا تقدمه فينظر [٣] العقد .

١٠٦٠٤ - قالوا : روى مثل قولنا عن علي ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبي برزة ، وأبي هريرة ﷺ [٤] .

١٠٦٠٥ - قلنا : نعم ؛ لأنه مخالف ؛ لأنه قال : البيع صفقة ، أو خيار ، فحصل [٥] أن البيع نوعان [٦] وعندهم الخيار ثابت في جميع البياعات .

١٠٦٠٦ - فإن قيل : معناه صفقة ، بمعنى شرط في العقد أن لا خيار ، أو أطلق ، فكان فيه الخيار .

١٠٦٠٧ - قلنا : سقوط الخيار بالشرط بقوله : « بعضكم « ولا يختارونه ، ثم الصفقة هي مطلق العقد ، فأما ما وقع على شرط فليس بصفقة .

١٠٦٠٨ - قالوا : عقد معاوضة محضة ، فوجب أن يكون للتفرق [٧] تأثير فيه ، أصله : الصرف .

١٠٦٠٩ - قلنا : الافتراق في الصرف يبطل العقد ، ولا يجوز أن يكون ما يبطل نوعا من البيع يصح به نوع آخر ، كهلاك المعقود عليه .

١٠٦١٠ - ثم [٨] نقول : ولا يقف تمامه على الافتراق ، كالصرف ؛ لأن عقد الصرف لا يتم بالافتراق عندهم حتى يتقدمه القبض .

١٠٦١١ - ولأن في الصرف دلالة ؛ لأن الافتراق لما أثر فيه كان تأثيره الفساد ، فلو كان

---

(١) في (ع) : [يتقبله] . (٢) في هامش (ص) : [بيع تام غير صحيح] .

(٣) في هامش (ص) : [لعله نظر] .

(٤) قد تقدم تخريج حديث ابن عمر ، وابن عباس ، وأبي برزة ، وأبي هريرة (ﷺ) مرفوعًا ، في المسألة .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحصل] . (٦) في (م) ، (ع) : [لوعين] .

(٧) في (ص) : [للمتفرق] .

(٨) قوله : [ثم نقله] في (م) ، (ع) وليس في (ص) وقد حذفنا (نقله) هذه ؛ لأنه لا معنى لها في السياق .

للافتراق تأثير في مسألتنا : وجب أن [يؤثر فيه الفساد ، فأما أن يؤثر (١) صحة العقد فلا .

١٠٦١٢ - قالوا : معارضة محضة فجاز أن] (٢) يلحقها الفسخ مع الإطلاق والسلامة من وجهين ، كالصرف .

١٠٦١٣ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن بيوع الأعيان يلحقها الفسخ مع الاطلاق ، والسلامة من وجهين : تلف المبيع قبل القبض ، وخيار الرؤية .

١٠٦١٤ - قالوا : الخيار على ضربين : خيار نقص وغيره ، ثم كان خيار النقص يثبت (٣) شرعًا وشرطًا ، وتحريره أحد نوعي (٤) الخيار ، فانقسم شرعًا وشرطًا .

١٠٦١٥ - قلنا : نقول بموجَبه من خيار القبول ، وخيار الرؤية .

١٠٦١٦ - فإن قالوا : خيار الرؤية لا يتعلق بمضي الزمان .

١٠٦١٧ - قلنا : وكذلك خيار المجلس لا يتعلق بمضي الزمان (٥) ، وإنما يقع على شرط . ثم ثبوت الشيء بالشرط لا يدل على ثبوته بالشرع ، بدلالة : الأجل . ثم نعكس فنقول أحد نوعي (٦) الخيار ، فكان حكمه في المجلس حكمه (٧) بعده .

١٠٦١٨ - ولأن خيار النقص لما ثبت حكمًا وشرطًا استوت مدتهما ؛ لأن كل واحد من الخيار يثبت في المدة وبعدها ، فلو كان هذا الخيار يثبت حكمًا وشرطًا لاستوت مدتهما ، فيثبت كل واحد منهما في المجلس وبعده .

١٠٦١٩ - قالوا : عقد يقصد به تمليك المال ، فلا يتم بالإيجاب والقبول ، كالهبة .

١٠٦٢٠ - قلنا : الهبة من عقود الشرع وهي أضعف من إيجاب المال في البيع ، بدلالة وقوف الملك فيها على القبض ، فلم يجز اعتبار البيع بها . والمعنى فيها : أن العقد لا يتم منها بالتخاير بعد ، فلا يتم بالتراضي ابتداء . ولما كان البيع يتم بالتخاير بعد العقد تم بالتراضي على العقد ؛ لأن الرضا (٨) في الوجهين موجود .

١٠٦٢١ - قالوا : قول أحد المتبايعين ، فوجب أن يتعقبه الخيار أصله ما ذكروا .

---

(١) يؤثر هنا بمعنى يوجب وينتج .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٤) في (ع) : [نوع] .

(٥) ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [نوع] .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) : [الرضى] ، وفي (م) ، (ع) : [المرضى] .

١٠٦٢٢ - قلنا : عندنا كل واحد من الطرفين يتعقبه الخيار على الوجه الذي يتعينه الآخر ؛ لأنه إن ابتدأ البائع فالإيجاب يثبت [١] الخيار لكل واحد منهما ، وإذا ابتدأ المشتري بالقبول يثبت [٢] الخيار / لكل واحد منهما ، وإنما لا ينعقد القبول خيارًا [٣] ؛ لأنه اجتمع به الإيجاب والقبول معًا ، ولا يقال : لما لزم قبل تراضي المتعاقدين به ، يثبت بعد تراضيها .

١٢٦/ب

١٠٦٢٣ - قالوا : زمان يصح قبض رأس المال وعوض الصرف ، فوجب أن يثبت فيه الخيار . أصله : عقيب الإيجاب وقت لقبض رأس المال ؛ لأن العقد لم ينعقد ، فكيف [٤] يقبض بدلَه ولا عَقْد .

١٠٦٢٤ - ولأن عقيب الإيجاب حالة يثبت الخيار في النكاح فيثبت [٥] في البيع ، وما بعد الإيجاب والقبول حالة لا يثبت الخيار في النكاح ، فلم يثبت في البيع .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٣) في (ع) : [خيارا] وفي [خيار] .

(٤) في (ع) : [وكيف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فثبت] .


مسألة ٥٦٦

حكم جعل البائع الخيار لنفسه

١٠٦٢٥ – قال أصحابنا [١] : إذا شرط [٢] البائع الخيار لنفسه لم يزل ملكه عن المبيع [٣] .

١٠٦٢٦ – وللشافعي : أقوال ، أحدها : أن الملك موقوف [٤] مراعى . والثاني : أنه ينتقل بالعقد وإسقاط الخيار ، والثالث : أنه ينتقل بنفس العقد . وهل يأخذ الشفيع بالشفعة مع ثبوت خيار البائع ، فيه قولان ، هذا على القول الذي يقول : إن [٥] الملك ينتقل بالعقد [٦] .

---

(١) أثبتنا الزيادة تمشيا بمنهج المصنف. (٢) في (ع) : [ثبت] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء « باب خيار الشرط » (٧٦/٢ ، ٧٧) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٦٤/٥ ، ٢٦٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار الشرط » (٣٠٥/٦ ، ٣٠٦) ، البناية مع الهداية « باب خيار الشرط » ٨٣/٧ ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب خيار الشرط » (٥١/٤) .

(٤) أثبتنا الزيادة من كتب الشافعية .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) قال الرافعي في فتح العزيز بعد أن ذكر أقوال الشافعي الثلاثة في ملك البيع زمن الخيار : « وفي موضع الأقوال طرق أحدها : أن الخلاف فيما إذا كان الخيار لهما ، إما بالشرط ، أو في خيار المجلس ، أما إذا كان لأحدهما فهو المالك للمبيع لنفوذ تصرفه فيه . ويحكى هذا عن صاحب التقريب ، وهو قريب مما أورده في الكتاب الوجيز ، والثاني : أنه لا خلاف في المسألة ولكن إن كان الخيار للبائع فالملك له ، وإن كان للمشتري فهو له ، وإن كان لهما فهو موقوف . وتنزل الأقوال على هذه الأحوال . وهو اختيار القاضي الروياني في الحلية . والثالث : طرد الأقوال في الأحوال ، وهو أظهر عند عامة الأصحاب منهم العراقيون والحليمي . وإذا جرت الأقوال فما الأظهر منها ؟ قال الشيخ أبو حامد ومن نحا نحوه : الأظهر أن الملك للمشتري ، وبه قال الإمام . وقال آخرون : الأظهر الوقف ، وبه قال صاحب التهذيب ، والأشبه التوسط ، ذكره جماعة ، وهو أنه إن كان الخيار للبائع فالأظهر بقاء الملك له ، وإن كان للمشتري فالأظهر انتقاله إليه ، وإن كان لهما فالأظهر الوقف ، وعلى هذا تتفاوت الأحوال في الأظهر من الأقوال ، لا في تخصيص الخلاف ببعضها » . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٢١١/٩ – ٢١٤) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٣٦/٤ ، ٣٧) ، فتح العزيز « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » ، بذيل المجموع (٣١٦/٨ ، ٣١٧) ، نهاية المحتاج « باب الخيار » (١٩/٤ ، ٢٠) . وقال مالك : المبيع في مدة الخيار على ملك البائع ، كان الخيار للبائع أو للمبتاع ، أولهما . راجع المسألة في : المنتقي في « بيع الخيار » (٥٨/٥) ، المقدمات

١٠٦٢٧ – لنا : أنه معنى يمنع من التصرف بالإكراه مع وجود القبض المأذون فيه ، أو كل حالة لا ينفذ فيها تصرف المشتري معه قبض مأذون فيه ، فلم يملك المبيع ، أصله : قبل القبول .

١٠٦٢٨ – فإن قيل : المعنى في المكره أنه لم يرض بسبب البيع ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه رضي بسبب نقل المبيع .

١٠٦٢٩ – قلنا : وإن رضي بسبب نقل المبيع فلم يرض بزوال الملك ، وعلة الفرع تبطل بالبيع الفاسد ، وبمن باع أحد العبدين .

١٠٦٣٠ – ولأنه بيع شرط فيه خيار الفسخ ، فلم ينتقل الملك به ، أصله : إذا شرط خيار أربعة أيام ثم أسقط اليوم الرابع .

١٠٦٣١ – ولأن [كل خيار لو شرط في أحد العبدين منع من وقوع الملك ، إذا شرط في العبد الواحد منع من نقله [1] . أصله : خيار أربعة أيام إذا أسقط خيار اليوم الرابع .

١٠٦٣٢ – ولأن] [2] عتق البائع ينفذ في العبد ، وكل رقبة ينفذ فيها [3] عتق الإنسان ابتداءً لم تكن ملكًا [4] لغيره ؛ أصله : سائر أملاكه .

١٠٦٣٣ – ولأن الإيجاب غير لازم مع سلامة البدن ، فوجب أن يكون المبيع على ملكه كما لو لم يقبل .

١٠٦٣٤ – احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « من اشترى عبدًا وله مال ، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » [5] ، وهذا يشير أن يكون للمشتري إذا شرطه ، وإن كان الخيار للبائع .

= المهدات ، « كتاب بيع الخيار » (٩٢/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الثاني عشر » ، « في بيع الخيار » ، ص ٢٧٨ ، شرح الزرقاني ، « باب في البيع الشامل » (١٢١/٥) .
وقال أحمد في أظهر روايتيه : ينتقل الملك إلي المشتري في بيع الخيار بنفس العقد ، ولا فرق بين كون الخيار لهما ، أو لأحدهما أيهما كان . والرواية الثانية : لا ينتقل الملك عن البائع حتى ينقضي الخيار . راجع المسألة في : المغني ، في « خيار المتبايعين » (٥٧١/٣ ، ٥٧٢) ، الكافي لابن قدامه ، « باب الخيار في البيع » (٤٨/٢) ، الإنصاف ، (٣٧٨/٤ ، ٣٧٩) .

(١) [من نقله] زيادة اقتضاها السياق .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [ينفر فمنها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يكن] ، ولفظ : [ملكا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) .

١٠٦٣٥ – والجواب : أن إطلاق الشراء لا يتناول البيان ، ومن حكم اللفظ أن يحمل على إطلاقه دون تقييده .

١٠٦٣٦ – قالوا : بيع منعقد أو صحيح ، فوجب أن ينقل الملك . أصله : إذا شرط فيه خيار .

١٠٦٣٧ – قلنا : المعنى فيه أن تصرف المشتري يجوز فيه بوجود القبض [فدل على جواز ملك البائع ، وفي مسألتنا : لم ينفذ تصرفه مع وجود القبض] [1] المأذون فيه ، فدل على أنه لم يملكه .

١٠٦٣٨ – قالوا [2] : التصرف قد يمنع منه تمام الملك . وفي مسألتنا : إذن البائع في الفسخ متعلق به ، وفي تصرف المشتري إسقاط هذا الحق .

١٠٦٣٩ – قلنا : يبطل إذا كان بالعوض عيب [3] ؛ فإن حق الفسخ ثابت للبائع وتصرف المشتري يجوز [4] .

١٠٦٤٠ – فإن قيل : لا يسقط حقه ؛ لأنه يفسخ البيع بقيمة ما خرج من ملكه إلى عوض .

١٠٦٤١ – قالوا : انقضاء الخيار معنى يستقر به البيع ، فوجب أن يقف [5] انتقال الملك عليه ، كالقبض .

١٠٦٤٢ – قلنا : القبض لا يقف نفوذ عتق المشتري على وجوده ، وليس كذلك قطع الخيار ؛ لأن عتق المشتري يقف على وجوده ، فلذلك وقف الملك عليه .

١٠٦٤٣ – قالوا : معاوضة تقتضي التمليك ، فانتقل الملك منها بالعقد ، كالنكاح .

١٠٦٤٤ – قلنا : التمليك من مقتضى المعاوضة المطلقة .

١٠٦٤٥ – قالوا [6] : إذا لم يطلق فلا يقتضي [7] التمليك ، ثم النكاح لا يقع غير بات [8] ثم يصير باتا [9] فلم يقع غير موجب للملك ثم يوجبه ، والبيع بخلافه .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [فإن قيل] .

(٣) في (ع) : [بيع] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يقف] .

(٦) في (م) ، (ع) : [قلنا] .

(٧) في (ص) : [لم يقتضى] .

(٨) في (م) ، (ع) : [باب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [باب] .

١٠٦٤٦ - قالوا : خيار ثابت في بيع ، فوجب أن لا يمنع انتقال الملك ، كخيار العيب .

١٠٦٤٧ - قلنا : خيار العيب لا يمنع تصرف المشتري ، فلذلك لا يمنع [1] الملك . وخيار الشرط [2] لما منع من تصرف الشراء مع وجود القبض الصحيح منع من نقل الملك الصحيح .

* * *

(١) في (ص) : [لم يمنع] .

(٢) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٦٧

حكم المبيع إذا اشترط المشتري الخيار

١٠٦٤٨ - قال أبو حنيفة : إذا اشترط [1] المشتري الخيار خرج المبيع من ملك البائع ، ولم يدخل في ملك المشتري .

١٠٦٤٩ - وقال أبو يوسف ، ومحمد [2] والشافعي : يملك المشتري المبيع [3] .

١٠٦٥٠ - لأبي حنيفة : أن قبول المشتري غير لازم مع سلامة المبيع ، فلم يدخل في ملكه بالخيار .

١٠٦٥١ - ولأنا قد دللنا على أن من [4] شرط الخيار لا يملك عليه البدل ، فلم يخرج الثمن من ملك المشتري .

١٠٦٥٢ - فلو قلنا : إنه يملك المبيع [5] اجتمع في ملكه العوض والمعوض فيما يصح تمليكه ، كعقود المعاوضات .

١٠٦٥٣ - [وهذا لا يصح ، ولا يلزم إذا ضمن الغاصب قيمة المدبر ؛ لأنه لا يملك بعقود المعاوضات [6] ، وكذلك لا يلزم إذا اشتري ثوبا بخمر ؛ لأن الخمر عندنا على حكم ملك [7] المسلم ، وليست ملكه على الحقيقة ؛ ولأن الخمر لا يملكها المسلم بعقود

---

(١) في (م) ، (ع) : [شرط] .

(٢) قال السمرقندي في تحفه الفقهاء : [والصحيح قول أبي حنيفة] .
راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء ، « باب الشراء والبيع » (٧٧/٢) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٣١٤ ، بدائع الصنائع ، « فصل : وأما شرائط لزوم البيع » (٢٦٤/٥ ، ٢٦٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٣٠٦/٦ - ٣٠٨) ، البناية مع الهداية ، « كتاب البيوع » (٨٤/٧- ٨٦) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٢٢/٢ ، ٢٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار ، « كتاب البيوع » (٥٣/٤ ، ٥٤) .

(٣) راجع المسألة في نفس مصادر الشافعية التي سبقت في مسألة (٥٦٦) ، وقد ذكرنا هناك رأي مالك وأحمد في هذه المسألة مع مصادر المذهبين . فالحكم لا يختلف عندهما ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [تملك البيع] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

المعاوضات .

١٠٦٥٤ – فإن قيل : يبطل بمن اشترى عبدًا بجارية ، وشرط الخيار فيها فأعتقها .

١٠٦٥٥ – قلنا : لا يجتمع في ملكه البدل والمبدل ؛ لأن العتق يوجب فسخ العقد فيما هو من جهته ، ثم يملك [(١)] العبد الآخر ، ويملك [(٢)] عليه القيمة ، فلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل

١٠٦٥٦ – فإن قيل : كما لا يجوز اجتماع البدل والمبدل لا يجوز أن يخلو العاقد من أحد العوضين .

١٠٦٥٧ – قلنا : قد يجوز أن يخرج الشيء من ملك الإنسان من غير عوض [(٣)] ، مثل الهبة والوصية ، ولا يمتنع [(٤)] أن يزول ملك البائع ويتأخر ملكه للعوض .

١٠٦٥٨ – احتجوا : بأنه بيع أزال ملك البائع ، فوجب أن يزيله إلى [(٥)] المشتري . أصله : البيع البات .

١٠٦٥٩ – قلنا : لما لزم البائع الإيجاب زال ملكه ، كما يلزم الإيجاب فيه ، فلما لم يلزم [المشتري بالقبول مع سلامة المعقود عليه لم يزل] [(٦)] ملكه عما هو من جهته ولم يملك ما في مقابلته .

١٠٦٦٠ – قالوا : المبيع [(٧)] مملوك ، فلابد له من مالك ، والبائع لا يملك ، فوجب أن يملكه المشترى .

١٠٦٦١ – قلنا : البائع وجد سبب خروج البدل من ملكه ، ولم يوجد سبب دخوله في ملك المشتري ، فلم يدخل .

١٠٦٦٢ – وهذا كما نقول في الوصية : إذا مات الموصي وجد سبب خروج الشيء من ملك الموصى فخرج ولم يوجد سبب دخوله في ملك الموصى له ، وهو القبول ، فلم يدخل في ملكه وليس يمتنع أن يكون المبيع مملوكًا لا يملكه آدمي ، كستارة الكعبة ، والعبيد [(٨)] يشتريهم الإمام لخدمتها .

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [تملك] ، في المكانين .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يمتنع] .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ع) : [البيع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [والعبد] .

١٠٦٦٣ - فإن قيل : هناك هو مملوك للّٰه تعالى .

١٠٦٦٤ - قلنا : جميع الأملاك لله تعالى ما له مستحق وما لا مستحق له [1] وإنما بينا أنه لا يمتنع أن يكون مملوكًا لا يملكه آدمي .

١٠٦٦٥ - فإذا قالوا : ذلك [2] مملوك للّٰه تعالى .

١٠٦٦٦ - قلنا : وكذلك المبيع أيضًا .

١٠٦٦٧ - فإن قيل : لو كان ملكًا للّٰه تعالى ؛ كان تدبيرًا بإذن الإمام كعبيد الكعبة .

١٠٦٦٨ - قلنا : إنما لا يقف تدبيره على الإمام ؛ لأن حق الآدمي متعلق به ، وإن كان لا يملكه فتعلق حقه منع الإمام من التصرف ، وإن كان ملكًا للّٰه تعالى ، كما أن سائر الأعيان ملك لله تعالى ، ولا يجوز تصرف الإمام فيها ؛ لأن الآدمي يملكها .

١٠٦٦٩ - فإن قيل : لو كان المبيع دارًا ، فبيعت دار بجوارها ؛ وجبت فيها الشفعة للمشتري ، فدل على أنه ملك الدار .

١٠٦٧٠ - قلنا : قال ابن شجاع : إنما قال أبو حنيفه : إن الشفعة تجب على قوله الأول : إن المشتري يملك المبيع ، فأما على قوله الآخر فلا [3] .

١٠٦٧١ - فعلى هذا لا يلزمنا ، ثم هذا لا يلزم ؛ لأن المشتري وإن لم يملك فإن تصرفه يصح ويصير به مبطلًا لخياره ، فإذا أخذه بالشفعة صح أخذه وسقط خياره .

١٠٦٧٢ - ولأن المشتري يملك [4] التصرف ، وهذا المعنى يكفي في وجوب الشفعة ؛ بدلالة : أن المكاتب والمأذون يملكان الأخذ بالشفعة ؛ لأنهما يملكان التصرف وإن كانا لا يملكان الرقبة ، وكذلك المشتري في مسألتنا .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ما لم يستحق وما لم يستحق له] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذاك] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [تملك] .


مسألة ٥٦٨

إذا شرط الخيار في أي العبيد المشترين شاء

١٠٦٧٣ – قال أصحابنا : إذا اشترى أحد عبدين أو ثلاثة أعبد على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء : جاز ، وكذلك إن كان الخيار للبائع ، وكذلك إن اشتري عبدين على أنه بالخيار بين أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر ، ولابد من شرط الخيار ، وهل يفتقر إلى خيار مؤقت ؟ ذكر في الأصل : الخيار مطلقًا .

١٠٦٧٤ – وذكر ابن شجاع : لا يفتقر إلي التوقيت ، وذكر أبو الحسن ، عن أبي حنيفة ، وأبي يوسف : أنه يفتقر إلي خيار مؤقت [1] .

١٠٦٧٥ – وقال الشافعي : البيع فاسد [2] .

١٠٦٧٦ – لنا : حديث ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من باع [3] عبدًا وله مال ، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » [4] ولم يفصل .

١٠٦٧٧ – ولأن كل عبدين جاز بيع كل واحد منهما بعينه ، جاز بيع أحدهما بغير

---

(١) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، بدائع الصنائع ، « فصل : وأما شرائط لزوم البيع » (٢٦١/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٢٥/٦) وما بعدها ، البناية مع الهداية ، « باب خيار الشرط » (١٠٦/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢٧/٢) ، حاشية ابن عابدين ، « باب خيار الشرط » (٦٠/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » ، وفي « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (١٩٣/٩ ، ٢٨٦ ، ٢٨٨) ، النكت « كتاب البيوع » ، ورقة (١٢٩ ب ، ١٣٠ أ) ، حلية العلماء « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٨٤/٤ ، ٨٥) . قال الباجي في المنتقى : « وإن اتفقت أثمانه – أي المبيع – وأجناسه فلا بأس بالاختيار في ذلك ، مثل أن يقول له : بعتك أحد هذين الثوبين أيهما شئت . . . ، وسواء شرط الخيار في عقد البيع أو لم يشترطه » . قال النووي في المجموع (٢٨٨/٩) : « وقال مالك : إذا باع عبدًا من عبيد ، أو ثوبًا من ثياب وكلها متقاربة في الصفة وشرط الخيار للمشتري ، صح البيع » . راجع المسألة في : المنتقى في « جامع بيع الثمر » (٢٥٤/٤) ، المقدمات الممهدات ، « كتاب بيع الخيار » (٩٢/٢ ، ٩٣) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي ، لو باعه عبدًا من عبدين أو أكثر ، لم يصح . راجع المسألة في : المغني « باب بيع الأصول والثمار » (١٤٥/٤) .

(٣) في (م) : [أباع] .

(٤) في (م) : [البياع] . تقدم تخريج هذا الحديث ، في مسألة (٥٦٥) .

عينه ؛ أصله [١] : قفيز من صبرة ، ومن اختلط عبده بعبد غيره فباعه من مالكه الآخر .

١٠٦٧٨ - فإن قيل : أجزاء العلة متساوية ، فإذا عقد على قفيز منها فهو معلوم ، ولهذا لا يفتقر إلى شرط الخيار .

١٠٦٧٩ - قلنا : لا يمتنع أن يستويا في جواز العقد ، أو أيختلفا ، أو أيتفقا [٢] ، كما لو قال : استأجرت هذه [٣] الأرض لأزرع فيها حنطة ، أو شعيرًا [٤] ؛ لأنها جملة يجوز بيعها ، / فجاز بيع بعضها غير معين [٥] كما لو باع بعضها مشاعًا .

١٠٦٨٠ - ولأن كل جهالة لا تمنع صحة الإجارة لا تمنع صحة البيع ؛ أصله : جهالة قدر البدل المعين ، وجهالة القيمة .

١٠٦٨١ - بيان ذلك : أنه لو استأجر أرضًا ليزرعها حنطة أو شعيرًا جاز ، وكذلك لو استأجر دابة بدرهم على أن يركبها إلى النهروان [٦] ، أو إلى عكبرى [٧] .

١٠٦٨٢ - احتجوا : بأن المبيع مجهول في حال العقد ، فوجب أن لا يصح . أصله : إذا باع ثوبًا من أربعة أثواب ، أو باع ثوبًا [٨] من ثوبين على شرط الخيار .

١٠٦٨٣ - قلنا : حال العقد لم يلزم ، فالجهالة مقارنة للجهالة حال اللزوم ، ألا ترى : أن الحظر يوجد مع العقد ولا يؤثر فيه وهو شرط الخيار ؛ لأنه ينتفى عنه في حال لزومه ، كذلك الجهالة .

١٠٦٨٤ - فأما إذا باع ثوبًا من أربعة ثياب [٩] كثرت الجهالة . وما دونها تقل [١٠] الجهالة ، فحكمها يختلف ، كما أن الحظر لشرط [١١] الخيار إذا شرط في ثلاثة أيام

---

(١) في (م) ، (ع) : [لعله] .
(٢) في (ع) : [يتفق] .
(٣) في (م) ، (ع) : [هذا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [شعير] .
(٥) ساقطة من (ع) .
(٦) النهروان - بفتح النون وسكون الهاء وفتح الراء المهملة والواو - « بليدة قديمة على أربع فراسخ من الدجلة ، وقد خرب أكثرها ، ولها نواح كثيرة وقرى يتصل بعضها ببعض . راجع في الأنساب « باب النون والهاء » (٥/٥٤٤) .
(٧) عُكَبرى - بضم العين ، وفتح الباء الموحدة - : بلدة على الدجلة فوق بغداد بعشرة فراسخ من الجانب الشرقي ، خرج منها جماعة من العلماء والمحدثين ، وهي أقدم من بغداد . راجع في الأنساب « باب العين والكاف » (٤/٢٢١) .
(٨) في (م) ، (ع) : [أو إذا باع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [أثواب] .
(١٠) في (م) : [يقل] .
(١١) في (م) ، (ع) : [كشرط] .

جاز ، ولا يجوز فيما زاد عليها .

١٠٦٨٥ - وأما إذا باع ولم يشترط الخيار فالجهالة حاصلة من عقد لازم ، فإذا شرط الخيار فالجهالة ترتفع عند لزوم العقد . وحكم الأمرين مختلف ، ألا ترى : أن الخطر يؤثر في المبيع ، ثم جاز بشرط الخيار وفيه خطر ، إلا أنه لما ارتفع عند لزوم العقد لم يمنع صحة العقد .

١٠٦٨٦ - قالوا : كل بيع [1] لا يصح من غير شرط الخيار لا يصح مع شرط الخيار ، كسائر البيوع الفاسدة .

١٠٦٨٧ - قلنا : إذا كان في العقد ما يصح بياتًا ولا يصح مع الخيار ، وهو الصرف ، والسلم ، جاز أن يكون فيها ما يصح مع الخيار ، فلا يصح مع عدمه .

١٠٦٨٨ - ولهذا قال أصحابنا : إن في العقود ما لا يصح دخول الأجل فيه ، وهو الصرف ، وفيها ما يصح دخول الأجل فيه [2] ، وهو السلم عندنا ، فالكتابة عندهم ولاية ، وإذا شرط الخيار زاد في الجهالة بفعل أحد المتعاقدين ، وإذا لم يشترط تثبت الجهالة فلم يصح .

١٠٦٨٩ - والمعنى في سائر العقود الفاسدة [3] : أن الحاجة تدعو إليه ، ألا تري : أن ذوات الخدور [4] وأكابر النساء لا يحضرن الأسواق ، وقد [5] لا يرضون باختيار الوكلاء ، فجوز لهم هذا العقد ليتوصلوا به إلى اختيار ما يريدون وسومح بالجهالة ، كما سومح بالحظر لوقوع الحاجة إليه عند خوف المعاينة .

* * *

---

(١) في (م) : [مبيع] .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [الفاسد] .

(٤) الخدور : جمع الخدر ، وهو ستر يمد للمرأة في ناحية البيت . قال الفيومي : « ويطلق الخدر على البيت إن كان فيه امرأة وإلا فلا » . راجع في : لسان العرب ، مادة « خدر » (١١٠٩/٢) ، المصباح المنير (١٥٧/١) ، المعجم الوسيط (٢١٩/١) .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٦٩

إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد

١٠٦٩٠ - قال أبو حنيفة : إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد ، دخل الليل والغد في الخيار (١) .

١٠٦٩١ - وقال الشافعي : لا يدخل (٢) .

١٠٦٩٢ - لنا : أن الغاية فيه احتمال ، قد يدخل في الكلام تارة ، ولا يدخل أخري ، والعقد لا يتعلق به استحقاق وإنما يبرم (٣) بمضي مدة الخيار ، فلم يجز .

١٠٦٩٣ - لنا : إلزام صاحب الخيار بالعقد بالشك . ولا يلزم إذا شرط الأجل إلي رمضان ؛ لأن الثمن مستحق ، وإنما يتأخر المطالبة بالتأجيل ، فإذا احتمل أن تدخل (٤) الغاية ، واحتمل أن لا تدخل (٥) ، لم يجز تأخير المطالبة المستحقة بالشك .

١٠٦٩٤ - ولأن ما جعله غاية للخيار امتد الخيار إلى انقضائه ، كما لو امتد المجلس إلى انقضائه .

١٠٦٩٥ - ولأنها مدة يبقي (٦) فيها الخيار إذا بقيا في المجلس بعد العقد ، فثبت فيها إن افترقا قبل الغاية .

١٠٦٩٦ - ولا يلزم إذا قال : متى يجيء الليل ؛ لأنا لا نعرفه في رواية (٧) .

١٠٦٩٧ - ولأنه جعل الغاية مجيء الليل ، ولذلك دخل في الخيار .

١٠٦٩٨ - احتجوا : بأن أهل اللغة أجمعوا على أن « من » لابتداء الغاية ، و« إلى »

---

(١) لم نهتد إلى هذه المسألة في كتب الحنفية والمالكية .

(٢) راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٦/٤) ، المجموع « كتاب البيوع » (١٩١/٩) .
وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي ، إذا شرط الخيار إلى الغد أو إلى الليل ، لم يدخل الغد والليل في مدة الخيار .
راجع المسألة في : المغني « كتاب البيوع » (٥٨٨/٣ ، ٥٨٩) ، الكافي لابن قدامه ، « باب الخيار في البيع » (٤٦/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٥/٤) .

(٣) راجع في لسان العرب ، مادة : [برم] (٢٦٨/١) ، المصباح المنير (٤٦/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يدخل] .   (٥) في (م) : [لا يدخل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تنفى] .

(٧) من هامش (ص) : [لا نعرفه في رواية] ، وفي غيرها : [لا نعرف فيه رواية] .

لانتهاء الغاية .

١٠٦٩٩ - وقالوا : إذا سرت من الكوفة إلى البصرة معناه : انتهيت إلى البصرة .

١٠٧٠٠ - قلنا : هذا مسلَّم ، والكلام في أن ما انتهيت إليه هل يكون داخلا أم لا ، ؟[1] والمفهوم من قولهم : سرت من الكوفة إلى البصرة ، أنه دخل البصرة [2] ، أو يكون اللفظ محتملا لدخولها وبلوغها ، فلم نسلم له ما ادعاه من الظاهر .

١٠٧٠١ - قالوا [3] : إذا قال : لفلان عليّ من درهم إلى عشرة ، أو أنت طالق من واحدة إلي ثلاثة لم يلزمه الدرهم العاشر ، ولم تقع [4] الثالثة .

١٠٧٠٢ - قلنا : لأن العلة محتملة ، فلم يلزمه ذلك بالشك ، وهذا طرد ما ذكرنا .

١٠٧٠٣ - وأما إذا قال : بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط لم يدخل الحائطان [5] ؛ لأن الحدود لا تدخل [6] في المحدود بالعرف ، ألا ترى : أنهم يقولون : إلى دار فلان ، وإلى المسجد ، وإلى الطريق .

١٠٧٠٤ - قالوا : ما جعل حد ثالث [7] لم يدخل في المحدود بظاهر اللفظ . أصله : أنه محتمل ، وإنما دخل بدلالة شرعية ، فإن أسقطوا هذا الوصف انتفض بالمرافق والكعبين .

١٠٧٠٥ - فإن لزم [8] على ما قدمنا إذا قال : « والله لا أكلمك إلى رمضان » أن رمضان لا يدخل في اليمين .

١٠٧٠٦ - قلنا : هذا يجري على ما قدمنا من احتمال الغاية ، فإذا احتمل أن لا يدخل لم يثبت عقد اليمين في شهر رمضان بالشك .

١٠٧٠٧ - فإن قيل : إذا قال : إن لم أكلمك إلى رمضان فعبدي حر ، عتق العبد قبل مضي رمضان ، والغاية يجوز أن تكون داخلة في يمينه [9] ، ويجوز أن لا تدخل [10] فيه ، وقد أزلتم الملك عن العبد بالشك فنقض ذلك قولكم .

١٠٧٠٨ - قلنا : اليمين لا يجوز إثباتها في رمضان بالشك ، فإذا لم يثبت اليمين

---

(١) الزيادة في (م) ، (ع) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [قلنا قالوا] .

(٤) في (م) : [لم يقع] بدون العطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [الحيطان] .

(٦) في (م) : [لا يدخل] .

(٧) في (ص) : [حدا ثالث] .

(٨) في (م) : [الدم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(١٠) في (م) : [لا يدخل] .

فوقوع العتق فرع على مضي المدة التي انعقدت [١] اليمين عليها ، فاعتبر اليقين من الأصل ويتبعه ما يترتب عليه من وقوع المعلق . على أن هذه المسألة من تعلق العتق [بكنى من] [٢] الكلام لا نعرفها .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [انعقد] .

(٢) في النسخ جميعها [بتقى] بدل ما بين المعكوفتين ، ولعل معناها ومادتها كما جاء في لسان العرب (وقى) (٤٩٠٢/٦) [فقالوا تَقَى يتَّقِي مثل قضى يقضي] والمقصود الكلام غير المراد ظاهره ويحتمل أوجها من الدلالة .



إسقاط شرط من الأجل المجهول

١٠٧٠٩ - قال أصحابنا : إذا شرط أجلًا مجهولًا ثم اتفقا على إسقاطه قبل مضي جزء من المدة المجهولة : صح العقد . ولذلك [١] قال أبو حنيفة : إذا شرط خيار أربعة أيام ثم أسقطه قبل اليوم الرابع صح العقد [٢] .

١٠٧١٠ - وقال زفر : لا يصح العقد أبدًا [٣] .

١٠٧١١ - وبه قال الشافعي [٤] .

(١) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٢) في (م) : [أسقط] ، والهاء من زيادتنا .

(٣) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص٣٤٣ ، ٣٤٤ ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٣٠٩ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل وأما شرائط الصحة » (١٧٨/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٣٠٠/٦ -٣٠٣) ، البناية مع الهداية ، « كتاب البيوع » ، (٧٦/٧ - ٧٩) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٢١/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب خيار الشرط » (٤٩/٤) .

(٤) راجع المسألة في : مختصر الخلافيات « كتاب البيوع » ، ورقة (١٩٧ أ ، ب) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٢/٤ ، ٢٣) ، المجموع « كتاب البيوع » (١٩٤/٩) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٢١٤/٨) . قال ابن رشد في بداية المجتهد - بعد أن ذكر أقوال الفقهاء في اشتراط خيار الأجنبي- : « واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل : أن يشترط أجلًا مجهولًا ، وخيارًا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث ، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه ، أعني أجنبيًا ، فقال مالك والشافعي : لا يصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد ، وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد » . وشرط الخيار عند مالك على حسب ما تدعو إليه الحاجة . وذلك يختلف باختلاف الأحوال ، فلم يقصر على ثلاثة أيام ، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي ، فإن أمد الخيار عندهما ثلاثة أيام لا يزاد عليه . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى في « بيع الخيار » (٥٦/٥) ، بداية المجتهد « كتاب بيع الخيار » (٢٣٠/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثاني عشر في بيع الخيار » ص ٢٧٧، المقدمات الممهدات « كتاب بيع الخيار » (٨٨/٢ ، ٨٩) . وقال أحمد : يجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة ، قلت المدة ، أو كثرت ، وفي اشتراط الخيار إلى مدة مجهولة روايتان ، فقال في رواية : إنه لا يصح . قال المرداوي في الإنصاف : « وهو المذهب ، وعليه الأصحاب » ، وقال في الأخرى : يصح ، وهل يفسد البيع بناء على القول الأول ، على روايتين ، إحداهما : يفسد العقد به ، والثانية : لا يفسد . راجع تفصيل المسألة في المغني : « كتاب البيوع » (٥٨٥/٣ ، ٥٨٩ ، ٥٩٠) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع (٤٥/٢ ، ٤٦) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٣/٤) .

١٠٧١٢ - واختلف أصحابنا في حكم العقد ، فمنهم من قال : هو فاسد ، ثم يصح ، ومنهم من قال : موقوف .

١٠٧١٣ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من اشتري شاة مُحَفَّلة [1] فهو بخير النظرين ، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها » [2] .

١٠٧١٤ - ظاهره يقتضي أنه إذا شرط فيها خيار أربعة أيام ثم اختارها جاز .

١٠٧١٥ - ولأنها مدة ملحقة بالعقد ، فجاز أن تسقط [3] من العقد ، كالأجل الصحيح .

١٠٧١٦ - ولأنه خيار ملحق بالعقد ؛ فجاز إسقاطه من العقد ، كخيار الثلاث .

١٠٧١٧ - ولأن كل مدة إذا كانت ثلاثة أيام جاز إسقاطها من العقد فإنه يجوز إسقاطها من العقد وإن كان أكثر من الأجل .

١٠٧١٨ - ولا يلزم إذا أسقط الخيار في اليوم الرابع ؛ لأن التعليل لجواز الإسقاط ليس هو لحق [4] الإسقاط .

١٠٧١٩ - ولأن الإسقاط يكون من المدد [5] المستقبلة دون الماضية ، فإذا مضي من اليوم الرابع جزء من الزمان المفسد لا يمكن إسقاطه .

١٠٧٢٠ - ولأن البيع امتنع من الانبرام [6] بشرط ملحق بالعقد ، فإذا أبطل الشرط قبل استحكامه انبرم العقد ، كخيار الثلاث .

١٠٧٢١ - فإن قيل : المعنى في خيار الثلاث : أنه خيار صحيح ، وأنه أوقف انبرام العقد على قطعه ، وهذا خيار فاسد ، فلم يقف انتقال الملك على قطعه .

---

(١) التحفيل : هو ألا تحلب الشاة أيامًا ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع ، والشاة مُحَفَّلة ومصراة . انظر : مختار الصحاح (ص١٤٥) .

(٢) حديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه مسلم بمثل هذا اللفظ ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب حكم بيع المصراة » ، (١١٥٩/٣) ، الحديث (١٥٢٤/٢٦) والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إن شاء رد المصراة » (١٨/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب من اشترى مصراة فكرهها » (٢٦٦/٢) ، والنسائي « في المجتبى » ، « كتاب البيوع » ، في « النهي عن المصراة » (٢٥٣/٧ ، ٢٥٤) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في المصراة » (٥٤٤/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن يسقط] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لاحق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المدة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الإبرام] .

١٠٧٢٢ - قلنا : الخيار الصحيح آكد وأثبت من الفاسد ، [وكذلك الشروط ، فإذا جاز أن يسقط الصحيح يصح العقد ، وإن لم يكن منهما فعل بمضي مدة الخيار ، فصح أن يبرم] [١] بإسقاطها ، والفاسد لا يصح من غير إسقاطه ، كذلك لا يصح إسقاطه [٢] .

١٠٧٢٣ - قلنا : لا نسلِّم ؛ لأنه لو مات من شرط [٣] له الخيار أربعة أيام في الثلاث صح العقد من غير إسقاط ، وكذلك إذا مات من شرط له أجل فاسد قبل تمكن الفساد ، وسقط [٤] المانع من الأجل ، وصح العقد ، وكذلك إذا هلك المبيع في الثلاث .

١٠٧٢٤ - ولأن الثمن والمثمن [٥] صحيحان يجوز العقد على كل واحد منهما ، وإنما دخل الفساد لمعنى أجنبي من العقد وهو الخيار ، والأجل إذا سقط صار كأنه لم يكن داخلا [٦] ، وينحل الخيار الصحيح المانع من الانبرام إذا سقط [٧] ، وصار كأن [٨] لم يكن ، وانبرم العقد .

١٠٧٢٥ - ولأنه شرط ملحق لا يقتضيه [٩] العقد ، فجاز أن يتعلق بالعقد أحكام الصحة ، كالبيع بشرط العتق .

١٠٧٢٦ - احتجوا : « بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط » [١٠] .

١٠٧٢٧ - قلنا : إن كان دليلا على فساد البيع فقد سلمناه ، والكلام هل يجوز زوال الفساد [١١] أم لا ؟

١٠٧٢٨ - فإن قالوا : إذا ثبت الفساد وجب أن يكون فاسدًا أبدًا .

١٠٧٢٩ - قلنا : هذا استصحاب العموم ، واللفظ لا يعطي ذلك ، ومن لم يسلم [١٢] فساد العقد قال : النهي إنما يتناول الشروط الممنوع منها ، ومعلوم أنه لم يمنع من شرط [١٣] خيار ثلاثة أيام ، وإنما منع من شرط اليوم الرابع ، فالنهي ينصرف إليه دون ما قبله .

---

(١) ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [أنه] ، وفي (م) : [شرطه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [سقط] .
(٥) في (ص) : [الثمن] .
(٦) في (م) : [داخل] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أسقط] .
(٨) في (ع) : [كأنه] .
(٩) في (م) : [لا يقيضيه] .
(١٠) أخرجه الخطابي في معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب شرط في بيع » (١٤٥/٣ ، ١٤٦) ، وابن حزم في المحلى « كتاب البيوع » (٣٢٤/٧ ، ٣٢٥) .
(١١) في (م) ، (ع) : [هل يزول الفساد] .
(١٢) في (ع) : [لا يسلم] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [شروط] .

١٠٧٣٠ - قالوا : بيع فاسد ، فصار كبيع درهم بدرهمين إذا اتفقا على إسقاط أحدهما .

١٠٧٣١ - قلنا : الوصف غير مسلم على قول من قال : إنه موقوف ، وينعكس بالحربي إذا تزوج خمسًا ثم أسلم فاختار .

١٠٧٣٢ - فإن قالوا : العقد هناك موقوف .

١٠٧٣٣ - قلنا : كذلك نقول في مسألتنا .

١٠٧٣٤ - ولأن الفساد في الأصل من البدل ، وفي الفرع في معنى غير المعقود عليه ، ولا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر ؛ ألا ترى / أن البدل هو المعقود عليه ، فالفساد فيه متمكن في العقد ، والأجل والخيار غير معقود عليهما ، فلما لم يتمكنا من العقد جاز إسقاطهما ؟

١٠٧٣٥ - فإن قيل : الفساد في البدل وفي الأجل سواء ، بدلالة تأثيرهما في العقد الفساد .

١٠٧٣٦ - قلنا : لا يمتنع أن يتساويا في إيجاب الفساد وإن اختلفا في أحكام الفساد ، كما أن نكاح الأم ونكاح الخمسة يتساويان في الفساد وإن اختلفا عندهم في صحة العقد بعد الفساد .

١٠٧٣٧ - فإن قيل : الفساد من الأجل يُعَوِّدُ أكثر العوض [١] ؛ لأنه يزاد في الثمن لأجل الأجل ، فإذا كان فاسدًا عاد ذلك الفساد إلى البدل .

١٠٧٣٨ - قلنا : إذا زاد الثمن لأجله ، فليس في مقابلته وإنما هو في مقابلة البيع ، ففساد الأجل يؤثر في الثمن .

١٠٧٣٩ - قالوا : كل ما لم يتفق المتبايعان على إسقاطه لم يصح البيع ، وكذلك وإن اتفقا على إسقاطه ، أصله : إذا مضت الثلاث .

١٠٧٤٠ - قلنا : إذا مضى جزء من اليوم الرابع لم يمكن إسقاط الماضي من المدة ، فيمكن ذلك الفساد من العقد ، فبقي بحاله وقد مضي الثلاث ما لم يتمكن الفساد ، وذلك الفساد من العقد [٢] فبقي فأمكن إسقاطه ، فسقط من العقد .

---

(١) قوله : [العوض] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذلك من العقد] .

١٠٧٤١ - قالوا : تفرقا عن فساد ، فوجب أن يلحقه الصحة ، أصله : إذا تفرقا في الصرف قبل القبض [1] .

١٠٧٤٢ - قلنا : المعنى فيه : أن الافتراق حصل عن دَيْنٍ بدين ، وهذا المعنى لا يمكن [2] رفعه من العقد ، وفي مسألتنا : افترقا عن خيار صحيح وفاسد فإسقاط الخيار ممكن ، فإذا أسقطاه قبل تمكنه ، صار كأنه لم يكن .

١٠٧٤٣ - قالوا : عقد فاسد فصار كالنكاح الفاسد .

١٠٧٤٤ - قلنا : الشروط الملحقة بالنكاح إنما [3] تفسد بالشروط في نفس المعقود عليه ، فوزانه من البيع إذا فسد يعني في المعقود عليه .

١٠٧٤٥ - فإن قيل : نقيس على من [4] تزوجها شهرا .

١٠٧٤٦ - قلنا : عقد النكاح لا يقع على المدة ، فالفساد فيها فساد في [5] نفس العقد ، والبيع فيها لا يقع على المدة ، فالفساد فيها أجنبي من العقد .

١٠٧٤٧ - فإن قاسوا على من باع بألف درهم ورطل خمر ، ثم أسقط الخمر .

١٠٧٤٨ - قلنا : يجوز العقد في إحدي الروايتين ، وفي الرواية الأخرى لا يصح ؛ لأن الخمر [6] عوض ، والفساد في نفس المعقود عليه .

١٠٧٤٩ - فإن قيل : إذا باعه إلى هبوب الريح ومجيء المطر لم يجز العقد بإسقاط هذا الشرط .

١٠٧٥٠ - قلنا هذه المسألة ذكرها في « المجرد » « اختلاف أبي يوسف وزفر » [7] .

١٠٧٥١ - وقد ذكر في « المقالة من الأصول » ما يستدل به على خلاف ذلك ، وذلك أنه قال [8] لو كفل إلى هبوب الريح ومجيء المطر ، صحت الكفالة

---

(١) في (ص) : [العقد] ، مكان : [القبض] .

(٢) في (ص) : [لا يمكنه] . (٣) في (م) ، (ع) : [وإنما] .

(٤) لفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٦) في (م) ، (ع) : [رواية الأخرى] ، [والحس] : بدل [الخمر] .

(٧) كتاب المجرد ، للحسن بن زياد اللؤلؤي ، الكوفي ، صاحب أبي حنيفة ، المتوفى سنة أربع ومائتين . وأما اختلاف أبي يوسف وزفر : فقد فُقِدَ فيما يبدو .

(٨) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وكان [١] المال حالًا .

١٠٧٥٢ - فعلى هذا يجب إذا شرطه [٢] في أجل الثمن يجب أن يصح العقد ويبطل التأجيل ، وأما إذا شرط الخيار إلى ذلك لم يصح العقد بإسقاطه لأنه يجوز أن يكون هبوب الريح ، وماء المطر من موضع آخر ، فتمكن الفساد من العقد ، فلذلك [٣] لم يصح أن يرتفع من العقد .

١٠٧٥٣ - وإن قلنا بظاهر رواية المجرد ، فلأن هذه جهالة كثيرة لا تثبت [٤] مثلها في العقود ، فمنعت من صحة العقد ، وقد تختلف الجهالات ، ولهذا تجوز [٥] الكتابة مع جهالة البدل .

١٠٧٥٤ - ولو كاتبه على ثوب لم تصح ، وتصح الكفالة إلى المهرجان ، ولا تصح [٦] إلى دخول الدار .

١٠٧٥٥ - فإن قاسوا على من شرط : أن لا يضمن الدرك ثم ضمن ؛

١٠٧٥٦ - قلنا : بقي موجب العقد ففسد ، فإذا ضمن لم يستند هذا الضمان إلى العقد ، فبقي جزء من الضمان قد انتفى فيه موجب العقد [٧] ، فلا يستدرك بتجديد [٨] الضمان ، فلم يصح العقد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ولو كان] .
(٢) في (ع) : [شرط] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يثبت] .
(٥) في (م) : [يجوز] .
(٦) في (م) : [ولا يصح] .
(٧) ساقط من (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [بتحديد] ، بالحاء المهملة ، مكان : [الجيم] .



مسألة ٥٧١

توريث خيار الشرط والرؤية

١٠٧٥٧ - قال أصحابنا : خيار الشرط والرؤية لا يورث [(١)] .

١٠٧٥٨ - وقال الشافعي : يورث خيار الشرط ، فإن لم يعلم الوارث بالأجل الذي شرطه المورث : لم يحتسب [(٢)] عليه ما مضى من المدة في أحد الوجهين ، وفي الوجه[(٣)] الآخر : يحتسب عليه بها [(٤)] ، إلا أنه إذا علم يثبت له خيار على الفور ، وخيار المجلس يورث إن كان الوارث في المجلس ، وإلا يثبت له في المجلس الذي علم به . والمنصوص : أن الخيار لا ينتقل من المكاتب إلى المولى ، ولا يلزمه .

١٠٧٥٩ - ومن أصحابه من قال : فيه قولان [(٥)] .

---

(١) خيار الشرط : هو خيار يثبت بالشرط من أحد المتعاقدين أو منهما جميعًا ، فإضافة الخيار إلى الشرط من إضافة الشيء إلى سببه ؛ لأن الشرط سبب للخيار . راجع التعريفات للجرجاني ص ١٠٢ ، فتح القدير ، وبذيله العناية (٢٩٨/٦ ، ٢٩٩) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٤) ، أنيس الفقهاء ص ٢٠٥ . أما خيار الرؤية : فالإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه ؛ لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار . وقيل : من إضافة الحكم إلى سببه . وقد عرفه الجرجاني بقوله : « هو أن يشتري ما لم يره ، ويرده بخياره . راجع في التعريفات ص١٠٢ . فتح القدير (٣٣٥/٦) ، البناية (١١٦/٧) ، حاشية ابن عابدين ، « كتاب البيوع » (٦٥/٤) . وراجع المسألة في مختصر : الطحاوي « كتاب البيوع » ص ٧٥ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤٠٤/١) ، المسألة (٢١٢٤) ، تحفة الفقهاء « باب خيار الشرط » (٧٢/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص ٣٣٢ - ٣٣٤ ، المسألة (١٣٩) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٣١٣ ، ٣١٤ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٦٨/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٣١٨/٦ - ٣٢٠) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٢٥/٢ ، ٢٨) ، حاشية ابن عابدين، الباب السابق (٥٧/٤ ، ٥٨) .

(٢) في (ع) : « لم يجب » .

(٣) لفظ : [الوجه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [بها عليه] .

(٥) قال الشافعي في الأم « البيوع » : « وإن مات أحد المتعاقدين قبل أن يتفرقا قام ورثته مقامه ، وكان لهم الخيار في البيع ما كان له » . وقال في « المكاتب » : « ولو باع المكاتب أو اشترى شراء جائزًا بلا شرط خيار فلم يتفرق المكاتب وبيعه عن مقامهما الذي تبايعا فيه حتى مات المكاتب وجب البيع ؛ لأنه لم يختر الرد حتى مات ، فالبيع جائز بالعقد الأول » . قال الرافعي في فتح العزيز : « وللأصحاب في النصين ثلاثة طرق : أظهرها : أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج ، وبه قال القاضي أبو حامد وأبو إسحاق ، أحدهما : أنه يلزم البيع ؛ لأنه خيار =

١٠٧٦٠ – لنا : أنها مدة ملحقة بالعقد ، أو مدة مضروبة في البيع ، فوجب أن تبطل بالموت ، كالأجل ، أو [1] : فوجب أن لا يقوم الوارث فيها مقام المورث [2] .

١٠٧٦١ – فإن قيل : الأجل حق المشتري ، وفي تبقيته بعد موته ضرر على الميت وعلي ورثته ؛ لأنه لا يجوز تصرفهم في التركة ، فلذلك [3] يسقط بالموت .

١٠٧٦٢ – قلنا : إذا كان الشيء موروثًا انتقل إلى الورثة وإن [4] استضروا به ، كما ينتقل العبد المقطوع اليدين والرجلين ، وكالتراب الموضوع في ملك الغير ؛ فيلزم الوارث نقله .

١٠٧٦٣ – ولأن الأجل لا يبقى وإن انتفع الوارث بتبقيته [5] ، ألا ترى أن الدين في مدة الأجل يسلم [6] الأعيان له ، ومع ذلك يسقط الأجل .

١٠٧٦٤ – ولأن للورثة من الأجل فائدة ، وهو أن يتأخر بيع التركة ، ولا يتعجل في الحال فيتغير أسعارها [7] .

يسقط بمفارقة المكان ، فبمفارقة الدنيا أولى . وأصحهما : أنه لا يلزم ، بل يثبت للوارث والسيد ، كخيار الشرط والعيب ، والثاني : القطع بثبوت الخيار للوارث والسيد ، وقوله في المكاتب : « وجب البيع » أراد أنه لا يبطل بموته ، لا كالكتابة . والثالث : تقرير النصين . والفرق : أن الوارث خليفة المورث فيقوم مقامه في الخيار ، والسيد ليس خليفة للمكاتب ، وإنما يأخذ ما يأخذ بحق الملك » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الخيار » (٥/٢) ، وفي مختصر المكاتب » ، في « بيع المكاتب وشراؤه » ص٧٦ ، ٣٢٧ ، مختصر الخلافيات « كتاب البيوع » ، ورقة (١٩٧ب) ، المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٢٠٥/٩ – ٢٠٨) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٣٣/٤ – ٣٥) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » (٣٠٤/٨ – ٣٠٦) ، نهاية المحتاج « باب الخيار » (١١/٤) . وقال مالك ، مثل قول الشافعي : « الخيار مورث ، فإذا مات صاحب الخيار ، فلورثته من الخيار مثل ما كان له » ، المدونة (٢٢٥/٣) ، المنتقى في « بيع الخيار » (٥٩/٥) ، التفريع « باب بيع الخيار » (١٧١/٢) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٢٢٨/٢) . وقال أحمد : مثل قول الحنفية ، إذا مات من له الخيار ، بطل خياره ، ولم يثبت لورثته . قال المرداوى : « هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب » ، وقال ابن قدامة في الكافي : « ويتخرج أن يورث ، قياسًا على الأجل في الثمن » . راجع المسألة في : الإفصاح « كتاب البيوع » (٣٢٣/١) ، المغني في « خيار المتبايعين » (٥٧٩/٣) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع » (٥٢/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٩٣/٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [يبطل] ، مكان : [تبطل] .

(٢) يعني : [المورث] . قال الفيومي : « والمال موروث ، والأب موروث أيضا » ، المراد هنا : الأب ، لا المال . راجع في المصباح المنير « الواو مع الراء وما يثلثهما » (٦٢٥/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بنفسه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ليسلم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فيتعين أشعارها] .

١٠٧٦٥ – ولأنا نلزمهم جواز تصرف الورثة لو بقي الأجل ، كما أن المولى يتصرف في اكتساب المأذون إذا كان عليه دين مؤجل [١] .

١٠٧٦٦ – فإن قيل : الموت يوجب نقل الدين إلى التركة ، فلو بقي الأجل لبقي في الأعيان ، وتأجيل الأعيان [٢] لا يصح .

١٠٧٦٧ – قلنا : لو كان كذلك [٣] لبطل الرهن بدين الميت ؛ لأن الحق انتقل إلى الدين ، والرهن بالأعيان لم يصح ، فلما لم يبطل الرهن دل على بطلان هذه الطريقة .

١٠٧٦٨ – ولأن المديون لو لم يترك إلا دينًا على وارثه سقط الأجل وإن كان لا يثبت في دين ولا يتعلق بعين .

١٠٧٦٩ – ولأنه حق ليس فيه معنى المال والوثيقة ، فلم ينتقل إلى الوارث ، كالوكالة ، والمضاربة ، وخيار القبول والإقالة .

١٠٧٧٠ – فإن قيل : ينتقض [٤] إذا باع أحد عبدين على أنه بالخيار ، وسقط [٥] الخيار بموته ، [ولزم الورثة البيع] [٦] في أحد العبدين ، فثبت لهم خيار التعيين فيما لزمهم من العوض .

١٠٧٧١ – يبين ذلك : أن خيارهم غير مؤقت ، وخيار الميت كان مؤقتًا ، وكان للميت أن يأخذ أحد العبدين أو يردهما ، وليس للوارث أن يأخذ [٧] إلا أحدهما .

١٠٧٧٢ – ولا يلزم إذا اشترى عبدًا على أنه خباز فوجده بخلاف ذلك ؛ لأن هذا الخيار فيه معنى المال ، [بدلالة : أنه لو لحقه عيب عبده رجع بنقصانه ، وكذلك خيار العيب فيه معنى المال] [٨] ؛ لأنه يتعوض عنه بمال ، فينتقل إلى الأرش [٩] عند تعذر الفسخ .

(١ ، ٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [لذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينتقل] ، وكذا في متن (ص) وما أثبتناه من هامش (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [سقط] بدون العطف .

(٦) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يأخذهما] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأرض] .

١٠٧٧٣ - فإن قيل : المعنى في خيار القبول والإقالة : أنه حق غير ثابت ، بدلالة : جواز الرجوع عنه ، وخيار الشرط ثابت .

١٠٧٧٤ - قلنا : ملك الموهوب له غير ثابت ؛ بدلالة : أن للواهب الرجوع ومع ذلك يورث ، وملك البضع والأجل وعقد الكتابة ثابت ولا يورث .

١٠٧٧٥ - فإن قيل : خيار القبول يبطل بالافتراق ، والموت أعظم من الافتراق ، وخيار الشرط لا يبطل بالافتراق .

١٠٧٧٦ - قلنا : إنما يبطل كالأجل والنكاح

١٠٧٧٧ - فإن قيل : هذه الحقوق تبطل بالجنون ، فكذلك [1] تبطل بالموت ، وخيار الشرط لا يبطل بالجنون ، فلم يبطل بالموت .

١٠٧٧٨ - قلنا : الوكالة ، والمضاربة ، والنكاح لا يبطل بالجنون ، وأما خيار القبول والإقالة فإن جن ثم أفاق في المجلس لم يبطل ، وإن امتد بطل ، [كما لو امتد الجنون حتى مضت مدة الخيار] [2] .

١٠٧٧٩ - فإن قيل : من أصحابنا من [3] قال : إن خيار القبول يورث إذا كان الوارث في المجلس .

١٠٧٨٠ - قلنا : يلزمكم خيار القبول في النكاح ، ثم هذا قول مخالف للإجماع ، وهو فاسد ؛ لأن البائع أوجب الملك لواحد ، فلا يجوز أن يقع العقد [4] لغيره .

١٠٧٨١ - ولأنه حق فسخ ثبت لا لفوات معني ، فلم يورث ، كالرجوع في الهبة .

١٠٧٨٢ - فإن قيل : الرجوع في الهبة يثبت للأب .

١٠٧٨٣ - قلنا : ممنوع ؛ لأن الأب لم يجز له الرجوع مع وجود الفضيلة . ولأنه خيار لا يؤول إلى مال ، كخيار الإقالة ، والقبول في النكاح .

١٠٧٨٤ - ولأنه خيار من طريق الشرط ، فلا ينتقل إلى الورثة ، كمن خير رجلًا في طلاق امرأته .

١٠٧٨٥ - ولا يلزم إذا باع عبدًا على أنه خباز [5] ؛ لأن صفة المبيع تثبت بالشرط ،

---

(١) في (ص) : [فلذلك] .
(٢) ساقط من (ع) .
(٣) في (ع) : [ممن] .
(٤) في (ص) : [المعقد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [خيار] .

والخيار يثبت لفواتها ، فأما أن يكون ثبوته بالشرط فلا .

١٠٧٨٦ – فإن قيل : المعنى فيه : أنه لو وكل بالطلاق صح ، والوكالة لا تورث [1] .

قلنا : لا نسلم ، بل هو مالك الطلاق ، ولهذا لو نهاه لم يؤثر نهيه .

١٠٧٨٧ – ولأن كل معنى لا ينتقل به الأجل إلى الورثة لا ينتقل به خيار الشرط إليه ، أصله : لحوق المرتد بدار الحرب .

١٠٧٨٨ – ولأن بعد مضي مدة الخيار لا يملك العاقد الفسخ ، فلا يملك من قام مقامه كوكيله ، وعند مخالفنا يفسخ بالخيار بعد مضي الثلاث .

١٠٧٨٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [2] .

١٠٧٩٠ – قلنا : لا نسلم / أن خيار الشرط [3] موروث متروك . ١٢٨/أ

قالوا : كان للميت لكن مات ، فإما أن يبقي له ، أو ينتقل إلى وارثه .

١٠٧٩١ – قلنا : ملك البضع كان له لكن إن مات [4] ليس بمتروك للورثة ، وهو ملك للميت ، ثم هذا إثبات خيار بقياس حتى يمكن أن يحتج بالآية فلم تكن الآية حجة بانفرادها .

١٠٧٩٢ – ولأن الله تعالى جعل للزوج النصف بعد الوصية والدية والدين ، فيتقدم عليه [الدين والوصية [5] ، (والدية) ، فأما الخيار فلا يقدم الدين عليه] [6] .

١٠٧٩٣ – ولأن الله تعالى أثبت الشركة فيما يصح تبعيضه ، فثبت تارة ربعه ، وتارة نصفه ، والخيار لا يتبعض [7] ، بمعنى أن كل واحد يثبت رده في قدر حقه .

قلنا : المتبعض [8] هو الدين ، ينفرد بعضه بالثبوت غير باقيه .

١٠٧٩٤ – قالوا : خيار ثابت لفسخ [9] بيع ؛ فوجب أن يقوم الوارث مقام

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يورث] .
(٢) سورة النساء : الآية ١٢ .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في سائر النسخ : [بعد الوصية والدية والدين يتقدم عليه الدين والوصية] ، لعل الصواب بعد الوصية والدية والدين ، فيتقدم عليه الدين والوصية ، بحذف « والدية » .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا ينتقض] .
(٨) في (ع) : [التبعض] .
(٩) في (ص) : [كفسخ] .

مورثه [1] ، كالرد بالعيب .

وقولهم : « خيار ثابت » احتراز من خيار القبول في الإقالة ، و « لفسخ [2] بيع » احتراز من خيار القبول في البيع ، و « بيع » احتراز من النكاح والكتابة .

١٠٧٩٥ - وربما [قالوا : خيار [3] فسخ ثبت لكل واحد من المتبايعين] [4] ، ويقولون : خيار ثابت لفسخ معاوضة لا يبطل بالموت ، فوجب أن يجرى فيه الإرث ، كخيار العيب .

١٠٧٩٦ - قالوا : خيار ثابت للتوصل إلى اختيار العوض أو المعوض [5] ، فأشبه خيار العيب

١٠٧٩٧ - الجواب : أن العبارة الأولى تبطل بخيار الإقالة ، فإنه خيار ثابت لفسخ بيع ولا يورث .

قالوا : ليس بثابت ؛ لأن من أقال [6] من العقد يملك إبطاله ، كما رجع .

١٠٧٩٨ - قلنا : ليس إذا ملك إبطاله لم يكن ثابتًا [7] ؛ لأن حق الرجوع في الهبة ثابت ، فإن الموهوب له يملك إبطاله بتصرفه ، وخيار الشرط ثابت ، ومعلوم أنه إذا شرط للمتعاقدين شرطا أبطله أحدهما على الآخر بالبيع والعتق والاستهلاك ، ويبطل بمن شرط الخيار لغيره ، فإنه خيار ثابت في عقد بيع ، وإن مات من شرط له الخيار لم يورث .

١٠٧٩٩ - قالوا : إن شرطه لنفسه وأجنبي ، فالأجنبي وكيله في الخيار ، وخياره ليس بثابت ؛ لأن الموكل بمعزل عنه ، وإن شرطه للأجنبي ولم يشترطه لنفسه ، فيه قولان .

قلنا [8] : قد بينا أن جواز أن يبطل عليه لا يمنع وصفه [9] بالثبوت .

١٠٨٠٠ - ولأن خيار العيب [10] آكد ؛ لأنه يثبت في الصرف والنكاح عندهم وإن لم يثبت فيه خيار الشرط ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

---

(١) في (ع) : [موارثه] .
(٢) في (ص) ، (م) : [كفسخ] .
(٣) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [والعوض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أجال] .
(٧) في (م) ، (ع) : [تاما] .
(٨) ساقط من (ع) .
(٩) في (ص) : [وضعه] .
(١٠) في (ع) : [البيع] .

١٠٨٠١ – ومن أصحابنا من قال : لا نسلم أن خيار العيب يورث مع المبيع ، فيستحق قبضه كماله ، فإذا [1] لم يقدر على قبض المستحق ثبت له الخيار ، ولهذا المعنى يثبت للوارث [2] خيار العيب ، وإن لم يثبت [3] للميت إذا حدث بعد الموت قبل القبض .

١٠٨٠٢ – ولأن المعنى في خيار العيب : أنه إذا سقط وجب المال [4] ، فلذلك ورث ، وخيار الشرط إذا سقط لم يجب المال . وعبر أصحابنا عن هذا ، فقالوا : فيه معنى المال ، بدلالة أنه يجوز أخذ العوض لإسقاطه ، ويسقط من طريق الحكم ، فيجب المال [5] وخيار الشرط بخلافه .

١٠٨٠٣ – ولا يلزم على علة الفرع الرهن ، والكفالة ، والقصاص ؛ لأن ذلك فيه معني المال . ألا ترى : أن الرهن وثيقة بالمال ، والكفالة توثق بالمال .

١٠٨٠٤ – أو نقول : المعنى في خيار العيب : أنه خيار يثبت للمتعاقدين حكمًا ، ولذلك [6] جاز أن ينتقل عنهما حكمًا ، كالملك والقبض ، وخيار الشرط يثبت لهما شرطًا ، فلا يثبت لغير من شرط له ، كالأجل .

١٠٨٠٥ – ولا يلزم على علة الأصل الشفعة ؛ لأنا قلنا : خيار يثبت للعاقد ، والشفعة ليست بخيار ، وعلى هذا خيار الرؤية ، وأنه [7] ينتقل عن العاقد حكمًا إذا وكل بقبض المبيع قامت رؤية الوكيل مقام رؤية الموكل عند أبي حنيفة .

١٠٨٠٦ – ولا يلزم على علة الفرع الرهن أنه يثبت بالشرط ويورث ؛ لأن الذي ثبت للوارث [8] إمساك الرهن ، وذلك يثبت حكمًا لا شرطًا ، والذي يثبت بالشرط هو الانعقاد ، وذلك لا يورث .

١٠٨٠٧ – والمعنى في خيار العيب : أنه يثبت ابتداء بعد الموت للوارث بحكم ذلك العقد ، فجاز أن يثبت له ما كان ثابتًا في العقد ، وخيار الشرط لا يجوز أن يثبت للوارث ابتداء بعد الموت بحكم ذلك العقد ، فلم يثبت له ما كان في العقد منه .

١٠٨٠٨ – فإن قيل : الخيار إذا حدث عيب يسنده إلى العقد ، ويثبت للميت ويورث عنه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(٢) في (م) ، (ع) : [للبائع] .
(٣) في (ع) : [لم يثبت] ، وفي غيرها بإضافة الهاء (يثبته) .
(٤) في (م) ، (ع) : [إذا وجب سقط المال] .
(٥) ساقط من (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [فلذلك] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فإنه] .
(٨) في (ع) : [يثبت] .

قلنا : العقد وقع على عوض سليم [١] ، وإنما يثبت الخيار المقتضي ، فثبت عند النقص ، ولم يثبت قبله .

يبين [٢] هذا : أن المبيع [٣] لو كان على صفة لا يوجد فيها تسليم لا يلحقه عيب ، مثل السمك الطري لم يجز رده ، ولو كان العيب الحادث يستند إلى العقد ، لجاز له رده قبل حدوثه .

قالوا : معنى يزيل التكليف فوجب أن ينقطع [٤] خياره ، كالجنون ، والإغماء [٥] .

قلنا : الإغماء [٦] لا يزيل التكليف ؛ لأنه لا يمنع وجوب الصلاة والصوم والزكاة .

ثم لا يجوز اعتبار الموت والإغماء [٧] ، [لأن الجنون والإغماء] [٨] لا يسقطان خيار الوكيل وإن سقط بموته ، وكذلك الأجل والرجوع في الهبة لا يسقط بالجنون ، ويسقط بالموت . ونقلبه فنقول [٩] : فلا ينتقل خياره إلى ورثته ، كالجنون .

١٠٨٠٩ - ولأن الجنون لا يزيل الملك فلم يسقط الحقوق ، والموت يؤثر [١٠] في إزالة الملك ، فجاز أن يسقط الحقوق التي ليست بمال ، ولا محل مال وفيها معنى المال .

١٠٨١٠ - قالوا : الخيار شرط لينظر كل واحد فيه الحظ ، وهذا المعنى موجود في الوارث

١٠٨١١ - قلنا : الوكالة عقد [١١] لحظ الموكل ، وورثته يحتاجون إلى هذا الحظ وولايته لهم . وكذلك [١٢] المضاربة ، وخيار الإقالة أثبت البيع [١٣] لحظ المشتري ، ووارثه يحتاج إلى هذا المعنى ، ولا يثبت له .

١٠٨١٢ - قالوا : عقد البيع باقٍ ، وزمان خيار الشرط باقٍ ، ولم يوجد ممن له الخيار رضا بتركه ، فوجب أن يكون الخيار باقيًا . أصله : الوارث عندكم يثبت له الخيار بعد

---

(١) في (م) ، (ع) : [سليم صحيح] .
(٢) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [المنع] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن لا ينقطع] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الأعمى] ، وفي (ص) : [الإغمى] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأعمى] ، وفي (ص) : [الإغماء] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الأعمى] ، وفي (ص) : [الإغمى] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [تقلبه فتقول] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يورث] .
(١١) في (م) ، (ع) : [عقدت] .
(١٢) في (ع) : [وكذا] .
(١٣) في (ع) : [البيع] .

المدة ، ولا معنى لشرط بقاء المدة .

١٠٨١٣ – وقولكم : لم يوجد ممن له الخيار رضا بإسقاطه ، [فقد يسقط خياره وإن لم يرض ، كما لو أعتق الآخر وإن لم يرض بإسقاطه] [١] ، إلا أن موته يسقط حقوقه فهو كالإسقاط وأبلغ ، وإنما زعم مخالفنا أنه انتقل إلى غيره ، فسقوط الخيار حاصل لا محالة .

١٠٨١٤ – ونقلبه فنقول [٢] : فلا يثبت الخيار لمن لم يثبت له بالعقد ، كما لو كان العقد باقيًا أنه لم يحدث ما يسقط [٣] التأجيل حكمًا ، فلم يسقط الخيار حكمًا .

١٠٨١٥ – وفي مسألتنا : الموت يسقط التأجيل من طريق الحكم ، وكذلك [٤] يسقط خيار الشرط .

١٠٨١٦ – قالوا : الخيار حق من حقوق البيع ، فتعلق بعين المبيع ، فوجب أن يورث . أصله : المتمسك بالمبيع [٥] حتى يستوفي الثمن ، ووجوب التسليم إذا استوفاه ، وخيار فقد الصفة المشروطة .

قلنا : لا نسلم أنه من حقوق البيع ، وإنما هو معنى عارض يجوز أن يوجد في البيع ويجوز أن لا يوجد ، ولا نسلم أنه متعلق بعين المبيع ، وإنما يثبت فيه فسخ العقد في المبيع [٦] ، فهو كخيار الإقالة .

١٠٨١٧ – وأما الإمساك والتسليم فهو من [٧] موجبات البيع ، ويجري [٨] مجري الملك ، فثبت كوارث [٩] المتبايعين .

١٠٨١٨ – وأما الخيار بفقد الصفة ، فهو كخيار [١٠] العيب ؛ لأن الشرط أوجب كون المبيع على صفة ، فيجب الخيار لعدمها ، كما أن العقد المطلق أوجب صحة المبيع ،

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) من قوله : [أبلغ وإنما زعم مخالفنا] إلى قوله : [لا محالة] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [بإسقاط] .

(٤) في (ص) : [وكذلك] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالبيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [في البيع] .

(٧) في جميع النسخ : [فهي] ، مكان : [فهو] ولعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [تجري] .

(٩) في (ص) ، (م) : [كوارن] ، وفي (ع) : [لوارن] ، أي مثل وارث المتبايعين يثبت له .

(١٠) في (م) ، (ع) : [خيار] بدون الكاف .

فثبت الخيار لفقد الصفة .

١٠٨١٩ - قالوا : الخيار من حقوق الملك ، فإذا انتقل الملك انتقل بحقوقه ، كالدين الذي به رهن .

قلنا : لا نسلم أن الخيار من حقوق الملك ، بل هو من حقوق العقد ، كالأجل .

١٠٨٢٠ - ويبطل ما قالوه بمن أوصى بخدمة عبده أن الملك ينتقل إلى الورثة ، ولا ينتقل إليهم حقوق الملك من المنافع .

١٠٨٢١ - قالوا : حق لازم لا يبطل [١] بموت من عليه ، فلا يبطل بموت مستحقه ، كالرهن .

١٠٨٢٢ - قلنا : يبطل بالكتابة ، فإنها لازمة عندهم من جهة المولى ، ولا تبطل بموت المستَحِقِّ وهو المكاتب .

١٠٨٢٣ - ويبطل [٢] بمن زوج أمته ، فإن النكاح حق لازم يبطل [٣] بموت المستَحِقِّ وهو الزوج ، فلا يبطل [٤] بموت المستَحَقِّ عليه ، وهو المولى .

١٠٨٢٤ - فإن قيل : الأمة مستحقة عليها ويبطل بموتها [٥] .

١٠٨٢٥ - قلنا : الأمة لا تملك [٦] المعقود عليه ، فكيف يستحق عليها ؟ ، وكما أنها إذا بيعت وقع الاستحقاق على المولى ، كذلك إذا زوجت [٧] .

* * *

(١) في (ع) : [يبطل] .
(٢) في (ع) : [وتبطل] .
(٣) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) : [ولا يبطل] ، وفي (ع) : [ولا تبطل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [بموتها] وهو الأوضح ، وفي (ص) : « بالموت » .
(٦) في (م) : [لا يملك] .
(٧) في النسخ جميعها بعد قوله : [إذا زوجت] زيادة : [وتبطل العلة بالأجل] ، ولا وجه لها في هذا السياق .


مسألة ٥٧٢

حكم فسخ أحد المتعاقدين البيع

١٠٨٢٦ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخ البيع بالخيار إلا بمشهد من الآخر . واتفق أصحابنا : أن الفسخ بخيار العيب لا يجوز بغير حضور البائع (١) .

١٠٨٢٧ - وقال الشافعي : يجوز الفسخ بخيار الشرط والعيب ، وإن لم يحضر العاقد الآخر (٢) .

لنا : أنه لفظ وضع (٣) لفسخ البيع ، فلا ينفرد به أحدهما مع غيبة الآخر أو وغيبة من قام مقامه / كالإقالة .

١٢٨

١٠٨٢٨ - وقد أورد بعضهم ، فقال : إذا قال : أقلني ، وابتدأ البائع (٤) بلفظ الإقالة على الفور وغاب الآخر ، صحت الإقالة ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الإقالة (٥) تحقيق على الإيجاب والقبول ، والافتراق يؤثر فيها ، كالبائع .

على أنا نقتصر على قوله : أقلنا (٦) إذا افترقا ولم يقبل على الفور .

١٠٨٢٩ - فإن قيل : بطلت الإقالة بالتأخير ، فلم نسلم ؛ لأن جواب الإيجاب

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء ، « باب خيار الشرط » (٧٩/٢ ، ٨٠) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٣١٤ ، ٣١٥ ، بدائع الصنائع ، « وأما حكم البيع » (٢٧٣/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « باب خيار الشرط » (٣١٤/٦ - ٣١٧) ، البناية مع الهداية ، « باب خيار الشرط » (٩٤/٧ - ٩٨) ، مجمع الأنهر ، « باب الخيارات » (٢٤/٢ ، ٢٥) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار ، « باب خيار الشرط » (٥٧/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٢٠٠/٩) ، النكت « كتاب البيوع » ، ورقة (١٣٠ ب) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٩/٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، « كتاب البيوع » ، بذيل المجموع (٣١٣/٨ ، ٣١٤) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : المشروط له الخيار يملك الفسخ بدون حضرة صاحبه . راجع المسألة في : المدونة « كتاب البيعين بالخيار » ، « في الرجل يبتاع الجارية على أنه بالخيار » (٢٢٩/٣) ، المنتقى ، « في بيع الخيار » (٥٩/٥) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الثاني عشر « في بيع الخيار » ص ٢٧٧ ، المغني ، « في خيار المتبايعين » (٥٩١/٣) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع » (٤٧/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٧/٤ ، ٣٧٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يوضع] .

(٤) في (ص) : [وابتداء البيع] .

(٥) لفظ : [الإقالة] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لقلنا] .

عندنا على المجلس .

١٠٨٣٠ - ولا يلزم إذا كان الخيار للبائع فأعتق ؛ لأنه ليس بفسخ ، وإنما هو انفساخ ؛ ولأن هذا اللفظ لم يوضع للفسخ .

ولا يلزم إذا قَبَّل البائع أو جامع ؛ لأن ذلك ليس بلفظ ، وإنما هو فعل . ولأنه فسخ بيع بخيار ، فلا ينفرد أحدهما ، كالخيار الملحق .

١٠٨٣١ - ولأن البائع أثبت للمشتري جواز التصرف بعد مضي مدة الخيار ، ولا يملك إبطال [1] ذلك التسليط بغير حضوره ، كالمودَع إذا عزله المودِع عن نقل الوديعة ، وكأحد [2] الشريكين إذا فسخ الشركة مع غيبة الآخر .

١٠٨٣٢ - ولا يلزم الموصي إذا رجع عن الوصية ؛ لأنه علق إثبات التصرف بالموت ، فلم يثبته في الحال ، ولهذا لا يتعلق بقوله حكم إلا يوم الموت ، وفي مسألتنا : سلطه في الحال على تفريق المدة ، ولهذا يصح القبول في الحال .

١٠٨٣٣ - ولا يلزم إذا قبل البائع أو عتق ؛ لأنه لا يملك ذلك عندنا ، إلا أنه إذا وجد تعلق به الحكم .

١٠٨٣٤ - فإن قيل : إذا فسخ الإيداع صح العزل ، إلا أن المودع لا يضمن ؛ لأن العين تبقي [3] في يده بحكم الأمانة ، فهو كما لو عزله وهو حاضر ، فقام ليردَّها لم يضمنها ؛ لأنها تبقي على [4] حكم الأمانة .

قلنا : هذه عبارة لا دليل فيها ؛ لأن المودَع لا يضمن بنقلها من مكان إلى مكان ، ولو انعزل ضمن بالتصرف فيها . ألا ترى : أنه لو [5] عزله وهو حاضر العزل ثُمَّ ضمن بالنقل والتحريك ، إلا أن يكون نقلًا للرد خاصة . وأما الرد بالعيب فإنه فسخ يرجع به المبيع إلى البائع ، كالإقالة .

١٠٨٣٥ - ولا يلزم رد الوصية بعد الموت ؛ لأنه فسخ إيجاب ، وليس بفسخ عقد ؛ ولأنا قلنا : يرجع به المبيع .

١٠٨٣٦ - ولا يلزم خيار المعتَقَةِ ؛ لأنا قلنا : مبيع [6] ؛ ولأنه لا رواية فيه ، ونحن

---

(١) في (م) ، (ع) : [الطلاق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [كأحد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يبقي] .
(٤) في (م) : [يبقي] .
(٥) في (م) ، (ع) : [إذا] .
(٦) معناه أن المسألة بخصوص البيع ، وتتعلق بوجوب حضور العاقدين عند قيام أيهما بفسخ العقد ، فلا تتعلق بخيار المعتقة .

نقول : إنه لا يقف على حضور الزوج ؛ لأن ذلك العقد تم بالزوجة والمولى ، فلما لم يتم باتفاقهما مع الزوج ، جاز أن ترفعه (١) بغير حضوره .

١٠٨٣٧ - ولا يلزم الأب إذا باع مال الصبي من نفسه ثم فسخ ؛ لأن (الأب هو الذي تولاه ، بخلاف غيره في فسخ البيع) (٢) ، فلا يملكه أحد العاقدين (٣) بغير حضور الآخر ، وبيع الأب لم يحضره عاقدان .

١٠٨٣٨ - ولأن أحدًا لا يملك نقل ما تم تملكه منه إلى غيره إلا بوصاية أو برضا من له الولاية ، وهذا المعنى غير موجود في المشتري ، [فليس له رفع العقد بالعيب وحده ، كامرأة العنين] (٤) .

١٠٨٣٩ - فإن قيل لنا : وقف على الحاكم ؛ لأنه مختلف في ثبوت الفسخ فيه . قلنا : هذا عذر وفي أعيان ، ونحن قسنا (٥) على غيبة الزوج .

١٠٨٤٠ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : من اشترى شاة محفلة ، فهو بخير النظرين ثلاثًا ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها » (٦) .

١٠٨٤١ - قلنا : الرد لا يكون إلا على مردود عليه ، كما أن البيع لا يكون إلا لمبتاع ، ومتى حضر من يرد عليه صح الرد عندنا .

قالوا : روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : « جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ خيار ثلاثة أيام ، فإن رضي أخذ ، وإن سخط ترك » (٧) .

١٠٨٤٢ - قلنا : هذا يدل على ثبوت حق الفسخ ، وأما (٨) الكلام في كيفيته وصفته ، فلم يذكر في الخبر .

١٠٨٤٣ - قالوا : خيار فسخ البيع في مدة خياره (٩) ؛ فوجب أن يصح ، كما لو

---

(١) ساقط من (ع) .

(٢) في (ص) : [حلم اللغة] ، وفي (م) ، (ع) : [حكم اللغة] ، والمثبت مستمد من السياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [غير العاقدين] ، بدون اللام ، وقد أبدلنا بها كلمة [أحد] لأنها المقصودة فيما لا يخفى .

(٤) العبارة المثبتة في النسخ جميعها مضطربة ، وقد جاء كل المثبت : [ولا كل من يقبله رفع العقد بالعيب لم يملك الزوج وحده كامرأة اليمين] ، ويصعب استخلاص أي معنى مقصود من هذه العبارة ، فأحللنا ما بين المعكوفتين محلها .

(٥) لفظ : [قسنا] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) تقدم تخرجه في مسألة (٥٧٠) .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٤/٣) ، الحديث٢١٦ ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام (٢٧٤/٥) وعزاه الزيلعي في نصب الراية « كتاب البيوع » ، « باب خيار الشرط » (٨/٤) إلى الطبراني في معجمه الأوسط .

(٨) في (م) ، (ع) : [فأما] . (٩) في (ص) : [خيار] بدون الهاء .

كان بحضور صاحبه .

قلنا : إن كان حاضرًا أمكنه استدراك الحق من غيره ؛ لأن المشتري إذا فسخ توصل البائع إلى المبيع ، وإذا فسخ البائع لم يعتق المشتري ، فيتصرف عقيب المدة ، وإن كان غائبًا لم يوجد هذا المعنى .

١٠٨٤٤ - ولأنهما إذا حضرا صح فسخ العقد ، والإقالة تصح كخيار الشرط متى غاب أحدهما لم يصح الفسخ بالإقالة ، فلم يصح كخيار الشرط . قالوا : معنى ينقطع به خياره ، فصح من غير حضور صاحبه ، كالإجارة .

١٠٨٤٥ - قلنا : رضا المرأة بالعُنَّة [1] معنى ينقطع به خيارها ، ويجوز خيارها مع غيبة الزوج ، والفسخ بالعيب يقطع الخيار ، فلا يصح مع غيبته .

ولأن الإجازة تسقط حق المجيز وتوفر [2] حق غيره ، فلم يقف ذلك على رضا الغير ، والفسخ يسقط به حق غيره ، فوقف على حضوره ، ونظير الفسخ من الإجازة أن يكون الخيار لهما ، فيجيز أحدهما فلا يتم العقد في حق الآخر ؛ لأنه لو تم لسقط حقه وحق غيره .

ولأن بالإجازة يتم التسليط الذي أثبته [3] للغير في ماله ، وبالفسخ يبطل التسليط . وفرق بين الأمرين ، بدلالة إقرار الوكيل على وكالته بغير علمه ، وإن لم يصح عزله إلا بعلمه .

قالوا : معنى يقطع استدامة العقد : فوجب أن لا يفتقر إلى حضور من لم يفتقر إلى رضاه ، كالطلاق .

١٠٨٤٦ - وربما قالوا : من لا يعتبر رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره ، كالزوجة في الطلاق واليمين فلا يبطل بمن حلف : لا يكلم فلانًا ، فهذا عقد ، والحنث قطع الاستدامة ، فلا يقتضي [4] فيه حضور فلان ، ولا يعتبر رضاه .

---

(١) العنة لغة : مصدر عُنَّ الرجل عنة أى عجز عن الجماع لمرض يصيبه ، فهو معنون وعنين وعِنين . وفي الاصطلاح عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع . والعنين هو : من لا يقدر على الجماع لمرض أوسنٍّ ، وسمي العنين عنينًا ؛ لأن ذكره يسترخي فيعن يمينًا وشمالًا ، ولا يقصد للمأتي من المرأة . انظر : لسان العرب لابن منظور (٣١٤٠/٤) ، التعريفات للجرجاني ص١٣٨ ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القانوي ص١٦٥ ، ١٦٦ ، التوقيف على مهمات التعارف ص٥٢٩ ، المعجم الوسيط (٦٣٢/٢) ، معجم لغة الفقهاء ص٣٢٣ ، القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب ص٢٦٢ ، ٢٦٣ .

(٢) في (م) ، (ع) : [يسقط حق المجيز ويوفر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بينه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [والاستدامة معنى] ، مكان : [الاستدامة يقتضي] .

وكذلك إذا قال : إذا حضرني فلان فأنت طالق ؛ فإن قطع استدامة هذا العقد لا يعتبر فيه حضور فلان ، ولا يعتبر رضاه .

وكذلك اللعان يعتبر فيه حضور الزوجة ، ولا يعتبر رضاها ، ويعتبر حضور الزوج في فرقة العنة ، ولا يعتبر رضاه .

وقولهم : إن الزوج يلاعن عند المنبر والمرأة عند باب المسجد إذا كانت حائضًا ليس بشيء ؛ لأنها قد حضرت ، وإنما اختلفت هيئة الحضور ، وكذا [1] لو غابت عن باب المسجد .

ونقول بموجب العلة ؛ لأنه لا يعتبر عندنا حضوره ، وإنما يعتبر علمه .

١٠٨٤٧ - ولأن الطلاق يسقط به حق نفسه من منافع البضع ويوفيها حقها من العوض إذا كان بعد الدخول ، ونصفه [2] إن كان قبله ويعود المقصود إلى ملكها ، فلما لم يسقط حقه من المعتبر علمها فقد سقط بالفسخ حق صاحبه من التسليط الذي أثبته له ، فجاز أن يقف على علمه .

١٠٨٤٨ - قالوا : ما كان فسخًا للبيع بحضور أحد المتبايعين ، كان فسخا في غيبته . أصله : لو طردت العلة .

١٠٨٤٩ - وربما قالوا : فإذا كان البائع لو أتى بما يدل على الفسخ كان فسخًا ، فإذا أتى بصريح الفسخ [3] فهو أولى أن يكون فسخًا ؛ ألا ترى : أن الطلاق إذا وقع بلفظ الكناية ، فوقوعه بالصريح أولى .

١٠٨٥٠ - قلنا : هذه المعاني لا يملكها البائع بغير حضور المشتري لو فسخ والمبيع في يده ثم هلك أو عاد المبيع ، فلما أمكن فسخه ، جاز أن يبطل ، لغيبة البائع وغيره .

١٠٨٥١ - ولأن الفسخ بهذه المعاني يثبت حكمها ، فلا يعتبر صريح الفسخ . كما أن الوكيل لا ينعزل بصريح العزل إلا أن يعلم . ولو باع الموكل المبيع انعزل ، وكذلك المأذون إذا باعه مولاه كان حجرًا . ولو حجر عليه لم يثبت الحجر عندنا حتى يكون في سوقه .

١٠٨٥٢ - قالوا : رضا العاقد غير معتبر ، فلم يعتبر حضوره ، كالمعتقة بغير حضورها والمخيرة إذا اختارت [4] بغير حضوره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [صحة الحضور وكذا] ، مكان : [هيئة الحضور وهذا] فأثبتنا [هيئة] من (م) ، (ع) ، وكذا من (ص) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وتصفه] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا جازت] والعبارة مضطربة في النسخ جميعها ، وقد جاءت على هذا النحو : =

قلنا : لا يمتنع أن يعتبر الحضور ولا يسلم [١] ، فلا يعتبر الرضا به ، بدلالة المسائل التي بيناها ، [وتنوع] [٢] الرغبات .

وأما العقد فيجوز أن يقال : يعتبر في الفرقة حضور الزوج وإن سلمناه .

١٠٨٥٣ - ولأنه ملك [٣] بالعقد عليها معنى ، وبالحرية يتزايد ما ملكه ؛ لأنه يلزمها المُقام في منزله ، فلها أن تدفع عن نفسها ولا يقدر على دفعها [٤] إلا برفع العقد .

١٠٨٥٤ - وفي مسألتنا : يبطل تسليطه لصاحبه على التصرف ، فلا يصح إلا بعلمه .

١٠٨٥٥ - وأما اختيار [٥] المخيرة فهو طلاق ، والطلاق لا يقف على حضور الزوجين .

١٠٨٥٦ - ولأن النكاح يصح أن ينعقد لأحدهما إذا وكل به ، فجاز أن يرتفع به ، ووزان [٦] النكاح بيع الأب مال ابنه من نفسه ، فلما تم به انفسخ [٧] به .

١٠٨٥٧ - فأما الرجعة فهي حق الزوج ينفرد به ، بدلالة : قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [٨] ، فلما كان الحق له [٩] تفرد به ، ولم يقف على حضورها .

فإن قيل : فثبت لها حق التصرف في نفسها بمضي المدة ، [وبالرجعة يبطل ذلك [١٠] .

١٠٨٥٨ - قلنا : إذا أثبت لها جواز التصرف] [١١] بشرط يمكن استدراكه ، لم يقف إبطال ذلك على حضورها ، كما لو وكل وكيلًا في فرقتها ثم عزله عن الوكالة .

* * *

= [كالمعتقة إذا اختارت والمخيرة إذا رجع لغير حضور المرأة] ولا يتضح لي معناها .

(١) في (م) ، (ع) : [ولا نسلم] .

(٢) المثبت في النسخ : [لزوم] بدل ما بين المعكوفتين ، والمثبت أولى .

(٣) في (م) ، (ع) : [فإن سلمناه ولا ملك] .

(٤) في (ص) : [دفعه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [اختياره] ، بزيادة الهاء .

(٦) في (م) ، (ع) : [دوران] ، مكان : [ووزان] .

(٧) في (م) : [أبيه] ، مكان : [ابنه] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا لما تم به الفسخ] ، مكان : [فلما تم به انفسخ] ، والمثبت هو الأوضح .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [ثبت] ، مكان : [أثبت] .



حكم شرط أحد المتبايعين الخيار لغيره

١٠٨٥٩ - قال أصحابنا / : إذا شرط أحد المتبايعين الخيار لغيره : صح الشرط ، وثبت (١) الخيار له ، وكان المشروطُ له وكيله فيه (٢) . ١٢٩/أ

١٠٨٦٠ - وقال الشافعي في كتاب « الصرف » : ويكون الخيار للأجنبي دون العاقد .

قال المزني : وفيها قول آخر : أنه لا يصح الشرط .

وقال ابن سريج (٣) : إن جعل فلانًا وكيلًا له في الإمضاء والرد ، صح قولًا واحدًا ، وإن (٤) أطلق الخيار لفلان ، أو قال لفلان دوني ، فعلي قولين ، فإذا قالوا : لا يصح الشرط يفسد العقد . وإن قالوا : يصح ، فهل يثبت الخيار للعاقد ؟ فيه وجهان (٥) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « باب الخيار في البيع » (٤٠٣/١ ، ٤٠٤) ، المسألة (٢١٢٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٧٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٣٢٠/٦) وما بعدها ، البناية مع الهداية ، (١٠١/٧) وما بعدها .

(٣) في (م) ، (ع) : [شريح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إلا مضاء أو الرد صح قولًا واحدًا فإن] مكان المثبت .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (١٩٥/٩ ، ١٩٦) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٣/٤ - ٢٥) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣١٥/٨ ، ٣١٦) .

وقال مالك : إذا اشترط الخيار لغير العاقد ، صح البيع والشرط ، ولمن يثبت الخيار ، قال ابن رشد في بداية المجتهد : « اتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لهما ، واختلف المذهب إذا جعله لآخر فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار ، أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ، فقيل : القول في الإمضاء والرد قول الأجنبي ، سواء اشترط خياره البائع أو المشتري ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا نوعا من الرأى أو المشورة ، وقيل : بالفرق بين البائع والمشتري ، أي أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشترط الخيار ، وقيل : القول من أراد منهما الإمضاء . . . إلخ » . راجع تفصيل المسألة في : المدونة « كتاب البيعين بالخيار » ، « في الرجل يبيع السلعة على أن أخاه أو رجلًا أجنبياً بالخيار » (٢٢٨/٣) ، المنتقى في « بيع الخيار » (٥٩/٥ ، ٦٠) ، المقدمات الممهدات « كتاب بيع الخيار » (٨٩/٢-٩١) ، بداية المجتهد « كتاب بيع الخيار (٢٢٩/٢ ، =

١٠٨٦١ - لنا : أنه شرط الخيار لمن يصح عقده ، فصار كما لو شرط لنفسه .

ولأنه خيار لو أثبته لنفسه كان جائزًا ، فإذا أثبته لغيره ، جاز أصله : إذا قال : عليَّ أن يكون فلان وكيلًا [١] في الإمضاء والفسخ .

١٠٨٦٢ - ولأن من جاز أن يتولى الفسخ جاز أن يشترط ، كالعاقد .

والدليل على أن الخيار يثبت للعاقد : أنه لما [٢] شرط في العقد صار من حقوقه ، وحقوق العقد تتعلق بالمتعاقدين [٣] عندنا .

١٠٨٦٣ - احتج المزني ، فقال [٤] : كيف يملك فلان ملكي ، ويملكني ملك غيري بغير أمري ؟ .

١٠٨٦٤ - قلنا : إذا شرط الخيار لأحد المتبايعين دون الآخر ملك نفسه ملك غيره ، وملك العاقد الآخر ملكه .

١٠٨٦٥ - فإن قالوا : لما [٥] شرط الخيار فقد أذن له .

١٠٨٦٦ - قلنا : وكذلك لما شرط الخيار للأجنبي فقد أذن له .

١٠٨٦٧ - قالوا : خيار الشرط لينظر كل واحد من المتعاقدين الحظ والفسخ والإمضاء [٦] ، فاستحال أن يكون لمن لا حظ له فيه ، ولا يكون لمن له الحظ .

قلنا : عندنا الخيار ثابت لمن الحظ له ، والإذن قائم مقامه وإن لم يثبت له الخيار كالوكيل .

* * *

= ٢٣٠) ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٧٧ . وقال أحمد وجل أصحابه مثل قول الحنفية : إن شرط الخيار لأجنبي ، صح ، وكان مشترطًا لنفسه ، موكلًا لغيره ، وقال القاضي : إن جعل الأجنبي وكيلًا فيه صح ، وإن أطلق الخيار لفلان ، أو قال : هو لفلان دوني ، لم يصح . راجع المسألة في : المغني (٥٨٧/٣) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع » (٤٥/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٦/٤) .

(١) في (ص) ، (م) : [وكيل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [كما] ، مكان : [لما] .

(٣) في (م) : [يتعلق احتج بالمتعاقدين] ، بزيادة : [احتج] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال] بدون الفاء .

(٥) في (م) ، (ع) : [إلى] ، مكان : [لما] .

(٦) في (ص) : [والفسخ والإمضاء] ، وفي (م) ، (ع) : [أو الإمضاء] .


مسألة ٥٧٤

اشتراط لفظين ماضيين في صيغة البيع

١٠٨٦٨ - قال أصحابنا : لا ينعقد البيع إلا بلفظين ماضيين .

١٠٨٦٩ - وذكر في « المجرد » إذا قال : بعتك انعقد به البيع عند أبي حنيفة . وقال في « النكاح » : لو كتب فقال : بعني عبدك ، فقال : بعتك ، كان بيعًا جائزًا [١] .

١٠٨٧٠ - وقال الشافعي : إذا قال : بعني بألف ، فقال : بعتك ، انعقد البيع [٢] .

١٠٨٧١ - لنا : حديث ابن عمر ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا ، أو يخير أحدهما الآخر وتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع » ذكره الدارقطني [٣] فإثبات البيع بعد خيار يبطل بالتفرق ، وهذا لا يكون إلا على قولنا .

١٠٨٧٢ - ولأن قوله يعتبر أمرًا [٤] له بالبيع ، فلا يكون ينتظر العقد ، كما لو قال : بع عبدي .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٢٩/٢-٣١) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع (١٣٣/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٤٩/٦) وما بعدها ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٨/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (٤/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٩/٤ ، ١٠) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (١٦٢/٩) ، النكت « كتاب البيوع » ، ورقة (١٢٨ب) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (١٤/٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب البيع » ، « الباب الأول في أركانه » ، بذيل المجموع (٩٧/٨ ، ١٠١) ، نهاية المحتاج « كتاب البيع » (٣٧٨/٣) .
وقال مالك ، وأحمد في إحدى روايتيه مثل قول الشافعي : إذا قال المبتاع : بعني ، فقال البائع : بعتك ، فقد صح البيع ، وقال أحمد في الأخرى : مثل قول الحنفية : لا يصح البيع . راجع المسألة في المنتقى ، في « ما جاء في بيع العربان » (١٥٧/٤) ، بداية المجتهد « الباب الأول في العقد » (١٨٣/٢ ، ١٨٤) ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل ... إلخ » (٥/٥) ، المغني « كتاب البيوع » (٥٦١/٣) ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيع » (٣/٢) .

(٣) الزيادة من كتب الحديث ، وفي (ص) : [ذكر] . وحديث ابن عمر ﷺ : أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ في السنن « كتاب البيوع » (٥/٣) الحديث (١٢) ما تقدم تخريجه مطولًا بهذا اللفظ في مسألة (٥٦٥) .

(٤) في جميع النسخ : [أمر] ، والصواب ما أثبتناه ؛ لأن قوله : [بعني] يعتبر أمرًا له .

١٠٨٧٣ - ولأنه لم يوجد إلا لفظ أحد الشطرين ، فلم ينعقد البيع ، كما لو قال : أتبيعني ؟ ، فقال : بعتك .

بيانه : أن قوله : بعني ، وقوله : بعتك ، لفظ البيع ، فلا بد من لفظ الابتياع أو المشتري أو القبول .

١٠٨٧٤ - ولأن كل واحد من المتبايعين بالخيار في رد الإيجاب من غير شرط ، فلم ينعقد البيع ، كما لو قال بعتك ، فلم يقبل [1] المشتري شيئًا .

١٠٨٧٥ - ولأن كل حالة لا يجوز تصرف المشتري مع ثبوت يده على المبيع من غير شرط فلم يكن بينهما عقد كما قبل القبول .

١٠٨٧٦ - ولأنه لفظ لا ينعقد به البيع من مالك جميعه ، وهو الآن لا يجوز ؛ فلا يكون شرطًا [2] ، كقوله : تبيعني .

١٠٨٧٧ - ولأنها حالة لكل واحد من العاقدين [3] الامتناع من أحكام العقد من غير شرط ، فلم يكن العقد منعقدًا ؛ أصله : إذا قال : بعتك قبل القبول .

١٠٨٧٨ - احتجوا : بأن كل ما لو كان بلفظ النكاح كان نكاحًا ، فإذا كان بلفظ البيع كان بيعًا ، كما لو [4] تقدم بالإيجاب .

١٠٨٧٩ - قالوا : كل عقد لو تقدم فيه الإيجاب كفاه [5] القبول ... كالنكاح .

١٠٨٨٠ - قلنا : القياس في النكاح : أن لا ينعقد إلا بألفاظ ما مضى ، وموضع الاستحسان أن لا يجعل أصلًا ولا وصفًا .

ولأن النكاح لا تحضره [6] المساومة في العادة ، وألفاظه كلها إيجاب ، والبيع تحضره المساومة ، والظاهر من ألفاظ المستقبل : العِدَة والمساومة .

١٠٨٨١ - ولأن قوله : زوجني ، أمر بالعقد ، فإن قال : زوجتك ، انعقد النكاح بهذا اللفظ ؛ لأنه ينعقد بالواحد عندنا ، وهذا [7] لا يوجد في البيع . قال أبو

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلم يقل] .
(٢) في هامش (ص) : [سطرا] .
(٣) في (ع) : [المتعاقدين] .
(٤) في (ص) : [كابيعا] ، مكان [كان بيعا] ، ولفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [كفارة] ، مكان : [كفاه] ، وقد جاء مكان النقط عبارة : [إذا تقدم فيه الاستدعاء كفاه القبول] وهي زيادة لا معنى لها فيما يظهر .
(٦) في (م) : [لا يحضره] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ولهذا] .

الحسن[١] : ولأن الأولياء يلحقهم الشين[٢] برد النكاح بعد الإيجاب . فإذا قال الزوج للولي : زوجني ، فقال : زوجتك ، [ولم يُجْعَلْ هذا نكاحا][٣] ، لرجع فألحق[٤] بهم الشين ، وليس في البيع شين في رد بيعه بعد[٥] إيجابه ، فافترقا .

* * *

(١) هو عبيد الله بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي ، الذي تقدمت ترجمته .

(٢) في (م) ، (ع) : [يلحقن الشرط] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في صلب (ص) : [فالحق] ، المثبت من (م) ، (ع) ومن هامش (ص) النسخة الأخرى .

(٥) في (م) ، (ع) : [يوم] .



البيع على شرط نقد الثمن خلال ثلاثة أيام

١٠٨٨٢ - قال أصحابنا : إذا باعه على أنه إن لم ينقده [1] الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما : جاز الشرط ، وكان بمنزلة شرط الخيار للمشتري .

وإن قال البائع : على أني إن رددت الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بيننا . جاز البيع ، وكان بمنزلة شرط الخيار للبائع [2] .

١٠٨٨٣ - وقال الشافعي : لا يجوز ذلك [3] . لنا : ما روي عن ابن عمر ﷺ : « أنه أجاز ذلك في الثلاث » [4] ، ولا يعرف له مخالف . ذكره محمد في الأصل .

---

(١) في (ع) : [على أن ينقده] .

(٢) في (ص) : [شرط الخيار الشرط للبائع] ، بزيادة [الشرط] ولفظ [شرط] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص٣٤٥ ، ٣٤٦ ، روضة القضاة « باب الخيار في البيع » (٤٠٣/١) ، المسألة (٢١١٤) ، بدائع الصنائع : « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٧٥/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار الشرط » (٣٠٣/٦- ٣٠٥) ، البناية مع الهداية « باب خيار الشرط » (٧٩/٧-٨٢) ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢١/٢) .

(٣) قال النووي في المجموع : « لو اشترى شيئًا بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، أو باع بشرط أنه إن رد له الثمن في ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، فوجهان حكاهما المتولي غيره ، أحدهما : يصح العقد ، ويكون تقدير الصورة الأولى : أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط ، وفي الثانية : أن البائع شرطه لنفسه فقط ، وهذا قول أبي إسحاق . قال : لأن عمر ﷺ أجاز ذلك ، والثاني هو الصحيح باتفاقهم ، وبه قطع الروياني وغيره : أن البيع باطل في الصورتين » . راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٨/٤) ، فتح العزيز « كتاب البيع » ، « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » ، بذيل المجموع (٣١٣/٨) ، المجموع « كتاب البيوع » (١٩٣/٩) . وقال مالك وأصحابه : إذا وقع البيع على أنه إن لم ينقده الثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما ، جاز البيع وبطل الشرط ، فإن قال البائع : متى جئتك بالثمن رددت لي المبيع ، لم يجز . راجع المسألة في : المدونة « كتاب البيوع الفاسدة » ، « فيمن باع سلعة وإن لم يأت بالنقد فلا بيع بينهما » (٢٢٢/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب جملة من البيوع الفاسدة والحكم فيها » (٧٢٦/٢) ، « قوانين الأحكام الشرعية « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص٢٦٢ . قال ابن قدامة : « فإن قال : بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة وإلا فلا بيع بيننا ، فالبيع صحيح ، نص عليه » . راجع المسألة في المغني كتاب البيوع (٥٩٣/٣) .

(٤) أثر ابن عمر ﷺ : قال ابن الهمام : « نقله الفقيه أبو الليث في « شرح الجامع » عن محمد بن الحسن ، عن عبد الله بن المبارك ، عن ابن جريج ، عن سليمان مولى ابن البرصاء ، قال : بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع » . في فتح القدير (٣٢٨/٦) . وهكذا =

١٠٨٨٤ - ولأن القياس لا يدل عليه [1] فإذا قال الصحابي ، حمل على التوقيف .

١٠٨٨٥ - ولأن الفسخ بترك النقد معنى يضاد [2] العقد ، فجاز أن ينعقد مع شرطه في الثلاث ، كالفسخ بقوله : فسخت .

ولأنه نوع بيع ؛ فجاز أن يفسخ بتأخير القبض عن زمان كالصرف ، والسلم ، وبيع الطعام بالطعام إذا شرط فيه الفسخ بترك [3] القبض في المجلس ، ولا يمكن القول بموجبه في بيع الطعام بالطعام ؛ لأن التعليل لبيع الأعيان التي لا ربا فيها .

ولأن بيع الطعام بالطعام جعلناه أصلًا ، ولا يشترط ارتفاع العقد بترك النقد في مدة الخيار ، فجاز أن يصح ، كما لو شرط ارتفاع العقد بترك قبض الطعام في المجلس .

ولأن كل شرط لا يُبْطِل بيع الطعام بالطعام لا يبطل بيع عين من الأعيان ، كسائر الشروط .

١٠٨٨٦ - ولأن هذا يجري مجرى شرط [4] الخيار ؛ لأنه عقد العقد وعلق فسخه بترك النقد ، وهو فعل المشتري ، فصار كما لو علق الفسخ بقوله : فسخت .

١٠٨٨٧ - فإن قيل : هناك الفسخ [5] يتعلق منه بحظر ، ولهذا يجوز بمضي المدة ، وههنا جواز العقد تعلق بحظر ، ولهذا يفسخ بمضي المدة .

١٠٨٨٨ - قلنا : لا يصح ؛ لأن الفسخ لا يقع بمضي المدة ، وإنما يقع بترك النظر فيها ، كما يتعلق بقوله : فسخت .

١٠٨٨٩ - قالوا : العقد الذي يجوز تعليقه وهو الوكالة لا يقف فسخه على حظر ، والعقد الذي لا يتعلق بحظر أولى أن لا يقف فسخه على حظر ، فلا يبطل بشرط الخيار .

ولأن عقد الوكالة لما [6] سومح بجواز تعلقه بالحظر لم يسامح [بدخول الحظر في فسخه ، والبيع لما علق حكم عقده حتى لا يجوز تعليقه بالخطر سومح] في فسخه . يبين [7] صحة هذا الفرق : أن النكاح لما لم يتعلق ابتداؤه بحظر ، جاز أن يتعلق رفعه [8] بحظر وهو الطلاق .

= قال العيني في البناية (٨١/٧) ، و قال البابرتي : « أثر ابن عمر وهو ما روى : أن عبد الله ابن عمر باع ناقة له من رجل بشرط أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما » ، في العناية ، بذيل فتح القدير (٣٠٥/٦) .

(١) ساقط من (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [بصار] .

(٣) بترك محل كلمة : سوى المثبتة في النسخ . (٤) في (ع) : [شرطه] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ص) : [لو] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [قسمه تبين] مكان : [فسخه يبين] . (٨) في (م) : [ربعه] .

مسألة ٥٧٦

السبب في فساد العقد عند وجود التفاضل

١٠٨٩٠ - قال أصحابنا : العلة في فساد العقد عند وجود التفاضل : زيادة كيل في جنس المكيلات ، أو زيادة [١] وزن في جنس الموزونات ، هذه عبارة شيخنا أبي بكر الرازي [٢] .

وقد اختار غيره من شيوخنا أن العلة : الكيل مع الجنس ، أو الوزن مع الجنس ، وهذا تعليل لكون النوع فيه ربًا ، والأول لفساد العقد .

واختار أبو طاهر [٣] التقدير الشرعي مع الجنس ، فعلل الأشياء الستة [٤] بعلة واحدة .

١٠٨٩١ - ومن أصحابنا [من قال] [٥] : عدم العلم بالمساواة من طريق الكيل [٦] في المكيلات مع الجنس ، وعدم العلم بالمساواة من طريق الوزن مع الجنس [٧] .

١٠٨٩٢ - وقال الشافعي في القديم : العلة : الجنس ، والكيل ، والأكل أو الجنس

---

(١) في (م) ، (ع) : [وزيادة] وعلة الربا بهذا التخريج هي : [الزيادة] .

(٢) تقدمت ترجمته في مسألة رقم (٢٠٦) .

(٣) راجع ترجمته في مسألة رقم (٣٠٢) ، هامش (٥) .

(٤) وهي : الذهب والفضة ، والبر ، والشعير ، والتمر ، والملح ، وقد ورد بها الأثر عن النبي ﷺ من جهات كثيرة ، منها : ما أخرجه مسلم بسنده عن عبادة بن الصامت ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلًا بمثل ، سواء بسواء ، يدًا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد » ، في الصحيح « كتاب المساقاة » ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١١/٣) ، الحديث (١٥٨٧/٨١) ، وأحمد في المسند ، في « حديث عبادة بن الصامت ﷺ » (٣٢٠/٥) ، راجع تخريجه أيضًا من وجوه مختلفة في : نصب الراية « باب الربا » (٣٥/٤ ، ٣٦) ، تلخيص الحبير « باب الربا » (٧/٣ ، ٨) ، الحديث (١١٣٤) .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [التكليف] ، مكان : [الكيل] .

(٧) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٥ ، أحكام القرآن للجصاص « باب الربا » (٤٦٥/١) ، تحفة الفقهاء : باب الربا » (٢٥/٢ ، ٢٦) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » ، « فصل وأما شرائط الصحة » (١٨٣/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣/٧) وما بعدها ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٣٨/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٧٨/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٨٦/٤) .

والأكل والوزن .

وقال في الجديد : العلة في [١] الأشياء الأربعة : مطعوم جنس ، وفي الذهب والفضة : جنس الأثمان [٢] وهو قيمة المتلفات .

وأصحابه يقولون : أثمان جنس ، ومنهم من قال : جنس ما يقدر به المتلف [٣] .

١٠٨٩٣ - والكلام يترتب في هذه المسألة في فصول سبعة [٤] ، فأولها : أن يدل على صحة علتنا وترجيحها ، والثاني : فساد علتهم ، والثالث : أن يدل على ثبوت [٥] حكمنا ، وهو ثبوت الربا في المكيلات التي لا تؤكل ، والرابع : أن يبطل حكمهم ،

---

(١) في جميع النسخ : [المعلب] ، مكان [العلة في] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في سائر النسخ : [وقال في الجديد : جنس الأثمان] ، بزيادة : [وقال في الجديد] ، وهو اضطراب في النقل .

(٣) قال الشيرازي في المهذب - بعد أن ذكر الأعيان الستة المنصوص على تحريم الربا فيها -- : « فأما الذهب والفضة : فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة ، وهو أنهما من جنس الأثمان ، فيحرم الربا فيهما ، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات » ثم قال : « فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان ، قال في الجديد : العلة فيها أنها مطعومة ... ، وقال في القديم : العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة » . قال النووي في المجموع : « القول الجديد هو الأصح » . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب الربا » (٣٩٢/٩ ، ٣٩٧ ، ٤٠٠-٤٠٢) ، النكت في « مسائل الربا » ، ورقة (١٣١أ ، ب ، ١٣٢أ) ، حلية العلماء ، « باب الربا » (١٤٧/٤ -١٥١) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في الفساد بجهة الربا » بذيل المجموع » (١٦٠/٨ ، ١٦٢ - ١٦٤) . وقال مالك علة تحريم التفاضل في الذهب والفضة : الثمنية ، وفي غيرهما : الاقتيات والادخار . واختلف أصحابه في ذلك قال ابن رشد في بداية المجتهد : « فالذي استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل : هو الاقتيات والادخار . أما في الأربعة : فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل : الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتًا ، ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا في الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار ، وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد - أيضًا - مع كونهما رؤوسًا للأثمان وقيمًا للمتلفات . انظر المسألة في : المنتقى ٢٣٩/٤ ، ٢٤٠ ، ٢٥٨ ، المقدمات الممهدات (٣٣/٢) وما بعدها ، بداية المجتهد (٤٠/٢) وما بعدها ، شرح الزرقاني (٦٢/٥) . وقال أحمد في أشهر الروايات عنه مثل قول الحنفية : إن العلة في الذهب والفضة الوزن والجنس ، وفي غيرهما الكيل والجنس . وقال في رواية أخرى مثل قول الشافعي في الحديث : إن العلة في الأثمان الثمنية ، وفيما عداهما كونه مطعوما جنس . انظر : المسائل الفقهية (٣١٦/١-٣١٨) ، الإفصاح (٣٣١/١ ، ٣٣٢) ، المغني (٨٠٥/٤) ، الكافي لابن قدامة (٥٣/٢ ، ٥٤) ، الإنصاف (١١/٥ ، ١٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [تسعة] ، مكان : [سبعة] ، وهو تصحيف .

(٥) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وهو أن نبين [1] ، أن لا ربا في المأكولات التي لا تكال ولا توزن [2] ، والخامس : أن يدل [3] ، على صحة علتنا في الموزونات ، والسادس : إبطال علتهم ، والسابع : أن يبين [4] ، إباحة باطنه بالجنس ، والتمرة بالتمرتين .

١٠٨٩٤ – أما [5] ، الدليل على صحة علتنا : فما روي [6] ، عن النبي ﷺ أنه قال : « الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل كيلًا بكيل ، والذهب بالذهب مثلًا بمثل ، وزنًا بوزن » [7] .

١٠٨٩٥ – فنص على اعتبار الكيل في الأشياء الأربعة ، والوزن في الذهب والفضة ، أما أن يكون ذكر الكيل ؛ فلأنه سبب في الحكم أو العلة [8] والاهتمام بالتنبيه على العلة أشد ، والظاهر : أن الكيل / والوزن علة الحكم . ١٢٩/ب

يبين [9] ، ذلك أنه : روي : « أنه [عليه الصلاة والسلام] نهى عن بيع الطعام [بالطعام إلا مثلًا بمثل ، وعن بيع الذهب بالذهب] إلا مثلًا بمثل ، وزنًا بوزن » [10] ، فلو علق الإباحة بالمماثلة في المقدارين ، دل أن ما [11] زاد عن قدرها على الحظر ، ألا

---

(١) في (م) : [نبين] . (٢) في (م) : [لا يكال ولا يوزن] .
(٣) في (ع) : [أن ندل] . (٤) في (ع) : [أن نبين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وأما] بزيادة الواو . (٦) في (م) ، (ع) : [ما روي] بدون الفاء .
(٧) أخرج مسلم الجزء الأول من طريق أبي زرعة ، عن أبي هريرة مرفوعًا مطولًا ، ما عدا قوله : « كيلًا بكيل » والجزء الثاني من طريق ابن أبي نعيم ، عن أبي هريرة مرفوعًا بطوله بهذا اللفظ . في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١١/٣ ، ١٢١٢) ، الحديث (٨٣ ، ١٥٨٨/٨٤) . وأخرجه الطحاوي من حديث عبادة بن الصامت ، بلفظ : « أن النبي ﷺ نهى عن أن يباع الذهب بالذهب تبره وعينه إلا وزنًا بوزن ، والفضة بالفضة ، تبرها وعينها إلا مثلًا بمثل ، وذكر الشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، كيلًا بكيل ، فمن زاد أو ازداد ، فقد أربى » ، وفي المعاني « كتاب البيوع » ، « باب الشعير بالحنطة متفاضلًا » (٤/٤ ، ٥) . قال الحافظ ابن حجر بعد أن ذكره بلفظ : « الذهب بالذهب وزنًا بوزن والبر بالبر كيلًا بكيل » : أخرجه البيهقي بهذا اللفظ بسند صحيح ، وأصله عند النسائي بزيادة فيه ، كلاهما من حديث عبادة بن الصامت » ، في تلخيص الحبير « باب الربا » (٨/٣) ، الحديث (١١٣٧) .
(٨) في (م) ، (ع) : [لعته] ، مكان [العلة] . (٩) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . والجزء الأول من الحديث سيأتي تخريجه من حديث معمر بن عبد الله ﷺ بمعناه ، في هذه المسألة وأما الجزء الثاني : فقد أخرجه مسلم من حديث أبي سعيد الخدري بلفظ : « أن رسول الله ﷺ قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، إلا وزنًا بوزن ، مثلًا بمثل ، سوّاء بسواء » ، راجع صحيح مسلم « كتاب المساقاة » ، « باب الربا » (١٢٠٩/٣) ، الحديث (١٥٨٤/٧٧) ، والطحاوي في المعاني « كتاب الصرف » ، « باب الربا » (٦٧/٤) . (١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

ترى[١] ، أنه عليه الصلاة والسلام [إذا نهى] عن الصلاة إلا بطهارة [٢] ، دل على فقدها علة الحظر ؟ [٣] .

١٠٨٩٦ – فإن قيل : فهذا يقتضي أن تكون العلة منصوصة ، وقد أجمعوا على أنها مستخرجة .

١٠٨٩٧ – قلنا : هذا تنبيه [٤] ، وليس بتعليل ؛ لأن لفظ التعليل : « لأنه كذا » ، وهذا[٥] ، الضرب يعلم بنظر واستدلال فليس بمنصوص .

فإن قيل : وجوب التساوي بالكيل هو الحكم والمطلوب تعليله [٦] .

١٠٨٩٨ – قلنا : الحكم فساد البيع أو جوازه ، والتساوي في الكيل والتفاضل فيه علته ؛ ألا ترى : أن قوله ﷺ : « لا صلاة إلا بطهور » ؟ [٧] بيان العلة وليس بيان الحكم وإن كان قد نص عليه ، والحكم هو فساد الصلاة وصحتها .

١٠٨٩٩ – فإن قيل : فقد ذكر في الخبر عينًا بعين ولم يدل ذلك على كونه علة .

١٠٩٠٠ – قلنا : منع منه الإجماع ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة و السلام « والفضل ربا » [٨] ، وهذا نص على أن علة الحكم : زيادة الكيل والوزن .

١٠٩٠١ – وروى أبو بكر بن عياش ، عن الربيع بن صبيح ، عن الحسن ، عن

(١) في (م) : [الخطر] ، مكان : [الحظر] ، وهو تصحيف ، و لفظ : [ترى] ساقط من (ع) .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) ، وحديث النهي عن الصلاة إلا بطهارة سيأتي تخريجه في هذه المسألة .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [الخطر] ، مكان : [الحظر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يثبته] ، مكان : [تنبيه] .
(٥) في (م) : [كذى] ، وفي (ع) : [كذا] ، مكان : [وهذا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تقلبه] ، مكان : [تعليله] .
(٧) قال ابن حجر بعد أن أورده بلفظ : « لا صلاة إلا بطهارة » : « في تلخيص الحبير « باب الأحداث » (١٢٩/١) ، الحديث (١٧٣) ، وقد أخرجه مسلم من حديث ابن عمر مرفوعًا ، بلفظ : لا تقبل صلاة بغير طهور « باب وجوب الطهارة للصلاة » ، وأحمد في المسند ، في مسند « عبد الله بن عمر ﷺ » (٥٧/٢ ، ٧٣) ، والترمذي بمثل لفظ مسلم في أبواب الطهارة « باب ما جاء لا تقبل صلاة بغير طهور » (٦/٥/١) ، الحديث (١) ، والنسائي من حديث أبي المليح (٨٧/١ ، ٨٨) ، والدارمي في السنن « كتاب الصلاة » ، باب لا تقبل الصلاة بغير طهور » (١٧٥/١) .
(٨) جزء من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعًا أخرجه محمد بهذا اللفظ في كتاب الآثار « باب شراء الدراهم الثقال بالخفاف والربا » ص١٦٩ ، الحديث (٧٦٠) في مجمع الزوائد ، والطبراني في الكبير بلفظ قريب « كتاب البيوع » ، « باب بيع الطعام بالطعام » (١١٢/٤ ، ١١٣) .

عبادة، وأنس بن مالك، رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: « ما وُزِنَ مِثْلٌ بمثلٍ إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل [1] ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » [2]. فلما حصل اعتبار المماثلة بما كيل ووزن دل على أن العلة النقدية.

١٠٩٠٢ - قال الدارقطني: « لم يروه عن الربيع غير [3] أبي بكر، وخالفه جماعة فرووه بغير هذا اللفظ، وهذا طعن [4] لا يلتفت إليه؛ لأن الإسناد [5]، صحيح، واختلاف الرواة في اللفظ على الربيع لا يقدح فيه، ونسي الدارقطني خبر خيار المجلس، واختلاف الرواة على نافع حتى لم يتفق منهم اثنان بواد، ولم يقدح هناك بكثرة الاختلاف.

ويدل عليه: أن العلة [6]، نقضت لتأثيرها في الأحكام، والحكم المطلوب [7] فساد العقد وصحته، ولوجه [8]، التفاضل في القدر، والتساوي [تأثير في العقد، لم يوجد مثله في الاختلاف في الطعم، والتساوي] فيه، ألا يرى [9]، أنه يجوز لا بيع قفيز جيد بقفيزين عُسّين [10]، لاختلافهما في الكيل وإن تساويا في الطعم، وإذا كان التأثير في فساد العقد وصحته لما ذكرناه، كان اعتبار [11]، علة الحكم أولى.

١٠٩٠٣ - قالوا: العلة عندنا كونه مطعومًا، وهذا معنى لا يتزايد.

قلنا: وكذلك العلة عندنا كونه مكيلًا أو موزونًا، وهذا معنى لا يتزايد، لكن [12]، لما كان ما ذكرناه علة أثر الكيل الذي صار به [13] مكيلًا، ثم وجدنا

---

(١) في (ص): [مثل] بدون الفاء، وفي (م)، (ع): [قيل]، وهو تصحيف، المثبت من سنن الدارقطني.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣/١٨)، الحديث (٨٥).

(٣) في (م)، (ع): [عن]، مكان: [غير].

(٤) في (م)، (ع): [ظن]، مكان: [طعن].

(٥) لفظ: [لأن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش، وفي (م)، (ع): [إلا إسناد]، مكان: [لأن الإسناد].

(٦) في (م)، (ع): [العلل].

(٧) في (ص): مختصرة ومكتوبة [المط].

(٨) في (م)، (ع): [ووجد]، مكان [ووجه].

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م)، (ع).

(١٠) في (ص): [عسين] وفي النسخ الأخرى: عتيقين والعُسّ: القدح الضخم وقيل هو أكبر من الغُمَر وهو إلى الطول يروى الثلاثة والأربعة والعِدَّة، والرغد أكبر منه. اللسان (٤/٢٩٤٢).

(١١) في (م)، (ع): [اعتباره] بدون الهاء.

(١٢) في (م)، (ع): [قلنا لكن]، بزيادة: [قلنا].

(١٣) في (م)، (ع): [به صار] بالتقديم والتأخير.

الطعم الذي به [١] صار مطعومًا لا يؤثر ، دل على أن كونه مطعومًا ليس بعلة .

١٠٩٠٤ – فإن قيل : قد يؤثر اختلاف الطعم ؛ لأن من ابتاع طعامًا [٢] فوجده عفنًا رده لنقصان طعمه .

قلنا : هذا تأثير في إثبات الخيار ، ونحن نطلب تأثيرًا [٣] في صحة العقد وفساده ، وهذا هو الحكم المعلل .

١٠٩٠٥ – ولأن الحكم المعلل يوجد بوجود علتنا وهو التساوي في الكيل ، ويعدم بعدمها [٤] ، مع وجود الطعم في الحالتين على وجه واحد ، فدل على أنها هي [٥] العلة .

١٠٩٠٦ – فإن قيل : الحكم يوجد بوجودها ولا يعدم بعدمها ؛ لأن من باع صبرة بصبرة لا يعلم قدرهما ، فالبيع فاسد ، فلم تعدم العلة .

١٠٩٠٧ – قلنا : غلط ، علة الجواز : العلم بالتساوي من طريق الكيل ، وقد زال ذلك ؛ لأن معنى قولنا ؛ وجود التساوي في الكيل والتفاضل فيه ، وما ذكروه من الطعم الجمع على اعتباره ، فكان تعليق الحكم فيما أجمع على تعلقه به ، واعتباره فيه [٦] أولى .

١٠٩٠٨ – ولأنا إذا اعتبرنا النقدية جعلنا المضموم إليه أكثر الجنس في الأشياء الستة معنى واحدًا [٧] ، فهو أولى من التعليل بعلتين كل واحدة منهما لا تعم الأصل .

١٠٩٠٩ – فإن قيل : اعتبار النقدية يبطل [٨] بالمذروعات [٩] والمعدودات .

١٠٩١٠ – قلنا : إنما يعتبر النقدية في المدَّعَى الذي علقته الشريعة ، وهو جواز البيع أو فساده .

وأما الدليل على إبطال علتهم : فلأنها تبطل [١٠] ببيع الحيوان بالحيوان متفاضلًا ، يجوز مع كونه مطعومًا .

١٠٩١١ – فإن قالوا : ليس بمطعوم ؛ لأنه محرم قبل الذبح .

---

(١) ساقط من (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [الطعاما] .

(٣) في (ص) : [تأثير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويعدم بها] .

(٥) في (ع) : [من] ، مكان [هي] .

(٦) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في جميع النسخ : [واحد] والصواب بالنصب كما أثبتناه .

(٨) في (ص) : [تبطل] .

(٩) المذروعات : ما قيس بالذراع يقال ذَرَعَ فلانٌ الثوبَ أي قاس بالذراع .

(١٠) في (ص) : [يبطل] .

١٠٩١٢ - قلنا : يلزمكم السمك ، والجراد ، وهو مطعوم مباح يجوز التفاضل فيه .

١٠٩١٣ - فإن قيل [١] : ليس بمطعوم .

١٠٩١٤ - قلنا : غلط ؛ لأن أكله ممكن ومباح ، لكن لا يُعتاد ، إلا أنه [٢] يصلح ، فهو كاللحم بالحيوان ، ولا يجوز التفاضل فيه وليس بمطعوم في الحال حتى يستصلح .

١٠٩١٥ - وتبطل [٣] علتهم بالعرايا ؛ لأنه بيع مطعوم من غير مماثلة .

١٠٩١٦ - فإن قيل : لا يجوز عندنا إلا بعد أن يعلم تماثلهما في حال الادخار [٤] .

١٠٩١٧ - قلنا : المماثلة المأخوذة من علتنا في الشريعة هي المماثلة كيلًا ، وذلك لم يوجد .

١٠٩١٨ - وتبطل علتهم بالطين الخراساني [٥] .

١٠٩١٩ - فإن قيل : أكله سنة .

١٠٩٢٠ - قلنا : هو مأكول مشتهى وإن كان فيه ضرر ، وهذا [٦] موجود في كثير من المطعومات . ولأن الطعم ليس بعلم المقدار فلا يكون علة ، كاللون ، والاسم .

١٠٩٢١ - ولأن الطعم لا يضم إلى الجنس ، فيكون علة في الموزونات ، وكذلك لا يضم إلى الجنس فيكون علة على المكيلات ، كاللون والرائحة ، ولا يلزم ؛ لأنه [٧] مقدار ، وذلك مضموم إلى الجنس في الموزونات عندنا .

ولأن [٨] زيادة الطعم ليس لها تأثير في فساد البيع ، فلا [٩] يكون علة له مع الجنس ، كالاقتيات .

---

(١) في (م) ، (ع) : [قالوا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أنه] وفي (ص) أن .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وفي (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الإدخال] .
(٥) قال النووي : « وأما الطين الذي يؤكل سفهًا ويقال له : الخراساني ، ففيه الوجهان ، الصحيح : أنه ليس ربويًا ، وبه قطع القاضي حسين ، وأبو الطيب ، والمتولي ، وصاحب البيان ، ونقله إمام الحرمين عن العراقيين ، قال : وتردد فيه الشيخ أبو محمد ، ومال إلى أنه ربوي ، وصححه الغزالي في الوسيط : أنه ربوي ، والمذهب الأول » ، في المجموع « باب الربا » (٣٩٨/٩) ، وراجعه أيضًا في فتح العزيز ، الباب الثاني في الفساد بجهة الربا ، بذيل المجموع (١٦٣/٨) .
(٦) في (م) ، (ع) : [هذا] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ولأنه] بالعطف .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولا] .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وقد] .

١٠٩٢٢ - ولأن النبي ﷺ نص على الأشياء الستة ، وبين فيها حكمًا ، وهو جواز بيع بعضها ببعض بصفة ، وامتناعها بصفة ، فلم يقصد فساد بعضها ببعض في حال ، [وعلة مخالفنا تؤدي إلى ثبوت الربا في أجناس محرم بيع بعضها ببعض في حال] [(١)] ، مثل : البطيخ ، والرمان ، وهذا إثبات الحكم في الفرع بخلاف ما يثبت في الأصل .

١٠٩٢٣ - فإن قيل : يجوز بيع [(٢)] البطيخ والرمان بجنسه وزنًا .

١٠٩٢٤ - قلنا : فالأصل المعلل حكمه اعتبار المماثلة من طريق الكيل ، والعلة تؤدي [(٣)] إلى خلاف حكم الأصل من هذا الوجه .

١٠٩٢٥ - وأما الدليل على حكمنا : وهو ثبوت الربا في المكيلات المطعومة وغير المطعومة : فما [(٤)] قدمناه من خبر الربيع بن صبيح [(٥)] ، وما روي في حديث ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ، والدينار بالدينارين ، ولا الصاع بالصاعين ، فإني أخاف عليكم الربا » ، ومعلوم [(٦)] أنه لم ينه عن بيع الذي هو في المكيال ، فدل على أنه نهى عن بيع [(٧)] مال بالصاع ، وهذا علة في كل مكيل .

١٠٩٢٦ - فإن قيل : ما يدخل تحت الصاع مضمر في الخبر ، فكيف يعتبر عموم المضمر ؟ .

١٠٩٢٧ - قلنا : اسم الصاع يتناول في الحقيقة المكيل ، ويتناول في الحقيقة الكيل المقدر . الدليل عليه : ما روي : « أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر صاعًا من تمر ، أو صاعًا من شعير » [(٨)] .

---

(١) ما بين المكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [يؤدي] .

(٤) في جمع النسخ : [مما] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [الصبح] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وهو الربا] ، بزيادة [هو الربا] . وحديث ابن عمر ﷺ ، أخرجه أحمد بهذا اللفظ في المسند ، في مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب ﷺ « (١٠٩/٢) ، وابن حزم في المحلى « كتاب البيوع » (٤١٧/٧) ، المسألة (١٤٨٠) ، والهيثمي في مجمع الزوائد ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الطعام بالطعام » (١١٣/٤) . كما أخرجه مسلم من حديث عثمان بن عفان مختصرًا ، في الصحيح في « كتاب المساقاة » ، « باب الربا » (١٢٠٩/٣) ، الحديث (١٥٨٥/٧٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب « تحريم التفاضل في الجنس الواحد » (٢٧٨/٥) ، راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية « باب السلم » (٤٨/٤ ، ٤٩) .

(٧) في (م) ، (ع) : [مبيع] .

(٨) تقدم تخريجه من حديث ابن عمر ﷺ في مسألة (٣٢١) .

١٠٩٢٨ - ويقول القائل : هذا قفيز ، وبعتك قفيزًا من هذا الطعام ، وإذا تناولها الاسم حقيقة ، ثم دل الدليل على أن أحدهما لم يرد ، بقي [١] الآخر . ويدل عليه حديث سعيد بن المسيب ، قال : سمعت أبا سعيد الخدري وأبا هريرة ﷺ [يحدثان [٢] : « أن النبي ﷺ استعمل سواد بن غزية [٣] أخا بني عدي بن النجار [٤] ، على خيبر ، فقدم عليه بتمر جنيب [٥] ، يعني جيد ، فقال ﷺ : « أكل تمر خيبر هكذا ، « قال لا ، وإنما اشتريت الصاع من هذا بالصاعين من الجمع ، والصاعين بالثلاثة ، فقال ﷺ : « لا تفعلوا ، ولكن بيعوا تمركم بثمن [٦] ، واشتروا به هذا ، وكذلك الميزان » [٧] ، وهذا عام في كل موزون .

١٠٩٢٩ - فإن قيل : حقيقة الميزان اسم لما يوزن به [٨] ، وذلك غير مراد والموزون لا يسمى ميزانًا حقيقة ، فلا نعلم [٩] أن أهل اللغة تجوزت بتسميته [١٠] بذلك ، فلم يصح الاحتجاج به .

---

(١) في ص : [بقى] ، وفي (م) ، (ع) : [نفى] .

(٢) الزيادة لمقتضى السياق . وقوله : [سعيد بن المسيب قال : سمعت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قال ابن الأثير : « سواد بن غزية الأنصاري من بني النجار ، وقيل : هو حليف لهم من بلي بن عمرو بن إلحاف بن قضاعة ، شهد بدرًا والمشاهد بعدها ، وهو الذي أسر خالد بن هشام المخزومي يوم بدر ، وهو كان عامل رسول الله ﷺ على خيبر .

(٤) من قوله : [استعمل] إلى [أخا بني] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [سواد بن غزية أخا بني] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [حبيب] .

(٦) لفظ : [بثمن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [هكذا] . حديث سعيد بن المسيب : أخرجه البخاري بألفاظ متقاربة ، في الصحيح « كتاب الوكالة » ، باب « الوكالة في الصرف والميزان » (٤١/٢) ، وفي « كتاب الاعتصام » ، باب « إذا اجتهد العامل أو الحاكم » (٢٦٨/٨) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، باب « بيع الطعام مثلًا بمثل » (١٢١٥/٣) ، الحديث (١٥٩٣/٤٥) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في النهي عن بيع الطعام إلا مثلًا بمثل » (٢٥٨/٢) ، والدارقطني في السنن كتاب البيوع » (١٧/٣) ، الحديث (٥٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من قال بجريان الربا في كل ما يكال ويوزن » (٢٨٥/٥) . راجع تخريجه أيضًا : في نصب الراية « باب الربا » (٣٦/٤) ، والهداية (١٨٦/٧ ، ١٨٧) ، الحديث (١٣٥٤) ، إرواء الغليل « باب الربا » (١٩٠/٥) ، الحديث (١٣٤٠) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [فلا يعلم] .

(١٠) في سائر النسخ : [تجوزت] .

١٠٩٣٠ - قلنا : « ثبت [1] أن أهل اللغة تحذف المضاف وتقيم [2] المضاف إليه مقامه . فقوله : « وكذلك الميزان » ، يعني به ذي الميزان ، والاسم إذا بطل حمله على حقيقته لم يكن بدٌّ من حمله على التوسع . والبطلان أيضًا لا يجوز في كلام الرسول ﷺ ، فلم يبق إلا أن يحمل على ما ذكرنا .

ولأنه زيادة في كيل ، كالحنطة بالحنطة .

١٠٩٣١ - فإن قيل : المعنى فيها أنها مطعومة .

١٠٩٣٢ - قلنا : من الحكم .

١٠٩٣٣ - فإن قيل : فلا يظن التفاضل فيها لينقض بالمتساويين في الكيل إذا تفاضلا في الوزن ، وإن فاته فلا يجوز التفاضل فيها كيلًا ؛ فقد عللت كما ذكرناه ، وضممت إليها وصفًا آخر ، وهذا لا يجوز .

١٠٩٣٤ - فإن قيل : الرماد / مكيل [3] جنس ولا ربا فيه ، والسنبل [4] فيه ربا ، وليس بمكيل . ١٣٠/أ

١٠٩٣٥ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الرماد [5] فيه ربًا عندنا إذا اعتيد بيعه كيلًا . فأما السنبل [6] فهو مكيل ، لكن يقف على صفة ، وهو أن يفارق الوعاء ، ونرى الطعام في جوالق [7] .

١٠٩٣٦ - وأما الدليل على بطلان حكمهم في المطعوم الذي ليس بمكيل : فلأن ما يضمن [8] بقيمته [في جميع الأحوال لا ربا فيه كالثياب .

١٠٩٣٧ - ولا يلزم الحلي ؛ لأنه يضمن بقيمته إذا كان لصناعته قيمة ، وإذا لم تكن ضمن بالنقد ؛ ولأنه جنس الذهب وذلك لا يضمن بقيمته] [9] بكل حال .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يثبت] .
(٢) في (ص) : [ويقيم] .
(٣) في (ع) : [الزباد مكيل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [السيل] .
(٥) في (م) : [الزباد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [إذا اعتد بيعه كيلًا فأما السيل] ، مكان المثبت .
(٧) في جميع النسخ : [جولق] ، والصواب ما أثبتناه .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولأن ما يضمن] ، مكان المثبت ، وفي (ص) : [لا يضمن] ، وهو خطأ .
(٩) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ومن قوله : [إذا كان لصناعته] إلى : [لا يضمن بقيمته] ساقط من (م) ، (ع) .

أو نقول : جنس يجب على مستهلكه القيمة ، فيجرى الربا في نقده .

١٠٩٣٨ - ولأن البطيخ والرمان يباع في العادة عددًا ، فلا يثبت فيه الربا ، كالثياب [١] .

١٠٩٣٩ - ولأنهما عينان باقيتان على أصل خلقتهما [٢] ، لا يجوز بيع كل واحد منهما على الانفراد ... [٣] بالأحرى ، كسائر الأعيان .

١٠٩٤٠ - ولأن كل جنس جاز بيعه ؛ جاز بيع بعضه ببعض ، أصله : الطعام والثمن .

١٠٩٤١ - فإن قالوا : يجوز بيع ذلك وزنًا ، فقد تكلمنا ، وإن كان تركًا للمعروف في المذهب [٤] .

١٠٩٤٢ - ولأنا أجمعنا على ثبوت الربا في المطعومات الموزونة ، فلا يخلو إما أن يكون [ذلك] [٥] فرعًا للأشياء الأربعة ؛ لأن الحكم فيها وجود المماثلة كيلًا ، فلم يبق إلا أن يكون فرعًا للذهب والفضة والحكم [بوجود المماثلة وزنا] [٦] .

١٠٩٤٣ - وأما الدليل على صحة علتنا من الموزونات : فقوله عليه الصلاة والسلام : « وكذلك الميزان » .

١٠٩٤٤ - وحديث عبادة وأنس [٧] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ما وزن مثل [٨] بمثل إذا كان نوعًا واحدًا » .

١٠٩٤٥ - ولأنها زيادة وزن في جنس فتعلق بها التحريم ، كالأثمان .

١٠٩٤٦ - ولأن زيادة الوزن تؤثر [٩] في الفساد ، والمساواة فيه تؤثر [١٠] في الصحة ، فدل أنه العلة . ولأن للوزن تأثيرًا في الحكم بإجماع ؛ فتعليق الحكم به أولى .

١٠٩٤٧ - وأما الدليل على إبطال علتهم : فلأنها غير متعدية ، والعلة إذا لم يدل عليها إلا الطرد فإذا لم ينعقد : لم تصح .

---

(١) في (ص) : [كالنبات] بدون نقط .

(٢) في (ص) ، (م) : [باقيان] ، مكان : [باقيتان] ، وفي (ص) : [خلقهما] ، مكان : [خلقتهما] .

(٣) مكان النقط زيادة : [إذا كان معه أحدهما] ولا وجه لها .

(٤) في (م) ، (ع) : [المذهب] .

(٥) الزيادة في (م) ، (ع) .

(٦) هنا سقط مكان النقط ، والكلام غير تام ، ولذا زدنا ما بين القوسين ، ولعله المقصود .

(٧) في جميع النسخ : [وحدته عبارة وليس] ، مكان : [وحديث عبادة وأنس] والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [مثلًا] ، مكان : [مثل] .

(٩ ، ١٠) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

١٠٩٤٨ - فإن قيل : « لا يمتنع [١] أن يعلل الأصل بعلة لا تتعداه [٢] كما عللتم الخمر .

١٠٩٤٩ - قلنا : عندنا يجوز ذلك إذا دلت الدلالة على صحة العلة ، واستفيد من الدليل [٣] المنع من التعدي إلى الفروع ، ويستفاد معنى الحكم ، وإلا منعنا أن تعلل [٤] علة لا دليل عليها إلا الطرد ، وهي غير متعدية .

ولو سلمنا أنها علة صحيحة كان تعليل الأصل بعلة متعدية أولى ؛ لأنها تفيد [٥] حكم الفروع ، والعلة العامة أولى ، وما يتعدى أولى [٦] مما لا يتعدى .

١٠٩٥٠ - ولأن النبي ﷺ ذكر الأشياء الستة وجعلها أصولًا لغيرها ، وإذا كانت الأشياء الأربعة معللة فيما [٧] يتعدى إلى الفروع ؛ فالظاهر أن البقية تتعدى [٨] أيضًا ليكون حكم الجميع حكمًا [٩] واحدًا .

ولأن علتهم تبطل بالفلوس ؛ لأنها - إذا نفقت - أثمان فلا ربا فيها ؛ لأنها لا يعرف [١٠] بها القدر لكونه ذهبًا .

١٠٩٥١ - وأما الدليل على جواز بيع التمرة بالتمرتين والحبة بالحبتين : أن ذلك يباع في العادة عددًا ، كالثياب [١١] .

ولأنه ليس بمكيل ولا موزون ، فصار كالجوز ، والبيض .

١٠٩٥٢ - ولا يلزم الماء ؛ لأن عند أبي حنيفة يجوز بيعه [١٢] متفاضلًا .

١٠٩٥٣ - ولا يقال إنها تكال [١٣] بآلة صغيرة كقشر الفستقة ، وتعجيل لا يسع تمرة واحدة ؛ لأن الكيل عبارة عما وضع لمعرفة المقادير في العادة ، وهذا لا يوجد فيما قالوا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يصح فإن قيل ويمتنع] .
(٢) في (م) : [لا يتعداه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالتعليل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [نعلل] .
(٥) في سائر النسخ : [أولا] ، مكان : [أولى] والصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [هي لأنها] ، بزيادة : [هي] ، وفي (م) : [يفيد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الغائبة] ، مكان : [العامة] ، وقوله : [وما يتعدى أولى] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (ص) : [فيما] .
(٨) في (م) : [يتعدى] .
(٩) ساقط من (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يعرف] .
(١١) في جميع النسخ : [عدد النباب] .
(١٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٣) في (م) : [يكال] .

ولأن الوعاء إذا عملت لتمرة [١] واحدة ؛ لم يعلم زيادتها [٢] ونقصانها ، فلا يكون ذلك كيلًا ؛ ألا ترى : أن العقد به لا يجوز [٣] عند مخالفنا ، فدل أنه ليس بكيلٍ [٤] .

١٠٩٥٤ - ولأن ما جاز بيع كثيره بالكثير جاز بيع قليله بالقليل ، كالذهب ، والفضة .

ولأن مستهلكه يلزمه قيمة ؛ فلا يدخل الربا في نقده ، كالثياب .

١٠٩٥٥ - احتجوا : بما روي عن معمر بن عبد اللّٰه ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الطعام بالطعام مثلًا بمثل » [٥] .

١٠٩٥٦ - قالوا وهذا يدل على أن ثبوت الربا في كل مطعوم ؛ لأن اسم الطعام يقع على كل مطعم [٦] لعينه شرعًا ؛ قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَمَن لَّمۡ يَطۡعَمۡهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ ﴾ الآية [٧] ، وقال تعالى : ﴿ كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلّٗا لِّبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ ﴾ [٨] ، وقال تعالى : ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ ﴾ [٩] ، وأراد به الذبائح .

١٠٩٥٧ - وقالت عائشة رضي الله عنها : « عشنا زمانًا ما كان لنا طعام إلا الأسودان : التمر ، والماء » [١٠] ، وهذا [١١] دليل على ثبوت الربا فيما لا يكال [١٢] من المطعومات ولا يوزن .

---

(١) في (ع) : [تمرة] بدون اللام . (٢) في (م) ، (ع) : [بزيادتها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يجوز به] . (٤) في (م) ، (ع) : [بمكيل] .

(٥) حديث معمر بن عبد اللّٰه ﷺ ، أخرجه مسلم مطولًا في الصحيح : « كتاب المساقاة » ، « باب بيع الطعام مثلًا بمثل » (١٢١٤/٣) ، الحديث (١٥٩٢/٩٣) ، وأحمد في المسند في حديث معمر بن عبد اللّٰه ﷺ » (٤٠٠/٦ ، ٤٠١) والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، باب بيع الشعير بالحنطة متفاضلًا » (٣/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٤/٣) الحديث (٨٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » باب جواز التفاضل في الجنسين (٢٨٣/٥) ، راجع تخريجه في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٨٥/٧ ، ١٨٦) ، الحديث (١٣٥٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [متعطم] .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٤٩ . وفي (ص) : [فمن] ، مكان : [ومن] ، وهو خطأ من الناسخ .

(٨) سورة آل عمران : الآية ٩٣ . (٩) سورة المائدة : الآية ٥ .

(١٠) قول عائشة رضي الله عنها أخرجه الإمام أحمد في المسند ، بلفظ قريب ، عن عروة بن الزبير « أنه سمع عائشة تقول : كان يمر بنا هلال وهلال ما يوقد في بيت من بيوت رسول اللّٰه ﷺ نار ، قال : قلت : يا خالة ، فعلى أي شيء كنتم تعيشون ، قالت : على الأسودين : التمر والماء » أ هـ . مسند الإمام أحمد (٧١/٦ ، ٨٦) .

(١١) في (م) ، (ع) : [وهذا] . (١٢) في (م) ، (ع) : [لا يؤكل] .

١٠٩٥٨ - والثاني : أنه نهى عن بيعه إلا مثلًا بمثل ، ولم يفرق بين قليله وكثيره ، وهذا يبطل قولكم في الحبة بالحبتين : إن ذكر الصفة في الحكم تعليل ، كقوله تعالى : ﴿ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾ [١] ، وكقوله عليه الصلاة والسلام : « في سائمة الغنم زكاة [٢] » ، وكقوله تعالى [٣] : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ ﴾ [٤] ، وقوله : ﴿ جَزَآءُ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [٥] ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَٰفِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا ﴾ [٦] .

١٠٩٥٩ - والجواب : أن إطلاق الطعام يتناول بعض المطعومات دون بعض ، بدلالة قولهم : سوق الطعام ، لا يتناول ذلك سوق الصيادلة [٧] .

١٠٩٦٠ - ولا يقال : إنْ أَكَلَ الإِهْلِيلَج [٨] أنه أكل الطعام ، أو يجوز العموم في كل المطعومات ، لا نسلم .

وقولهم : إن تسمية الطعام يعني في معرفة العرب ، غلط ؛ لأن الكوفة والبصرة مُصَّرتا [٩] والقوم عرب تثبت الحجة بقولهم ، وسموا هذه الأسواق بلغتهم ، ثم راوى الخبر قال : وكان طعامنا يومئذ الشعير .

١٠٩٦١ - ولو سلمنا لهم الحقيقة لم يكن بد من حمل قول معمر على العرف ، ومتى وجد معنى الاسم في المعرف كان حمل الكلام عليه أولى من حمله على معناه اللغوى ، فسقط اعتبار العموم من الخبر .

ولأن الخبر لو حمل على كل ما يطعم ، اقتضى وجوب اعتبار المماثلة في الجنسين ،

---

(١) سورة الحجرات : الآية ٦

(٢) قال ابن حجر : « قال ابن الصلاح : أحسب أن قول الفقهاء والأصوليين : في سائمة الغنم الزكاة اختصار منهم » ، في تلخيص الحبير ، « كتاب الزكاة » ، « باب صدقة الخلطاء » (٢/١٥٦ ، ١٥٧) ، ضمن الحديث (٨٢١) ، وقال الغماري -تعليقا- بعد أن ذكره في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١/٨٣) ، الحديث (١) : « هو بهذا اللفظ غير موجود ، بل مأخوذ من الأحاديث » . وقد أخرجه البخاري من حديث أنس ﷺ مطولًا ؛ بلفظ قريب ، في الصحيح ، « في الزكاة » ، « باب زكاة الغنم » (١/٢٥٣) .

(٣) الزيادة من (ع) . (٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) هذا جزء من الآية رقم (٨٥) من سورة المائدة ، وأيضًا جزء من الآية رقم (٣٤) ، من سورة الزمر .

(٦) سورة النساء : الآية ١٠٢ .

(٧) في (م) : [لا يتناوله ذلك سوق الصيارفة] ، مكان المثبت .

(٨) الإهليلج : عقير من الأدوية ، وهو معرب . راجع لسان العرب ، مادة « هلج » (٦/٤٦٨٤) ، المصباح المير (٢/٦١٠) . (٩) في (م) ، (ع) : [مصيرتا] .

وهذا خلاف النص والإجماع ، فعلم أن المراد به ما ذكرناه .

١٠٩٦٢ - وأما قولهم : إنه لم يفصل بين القليل والكثير ، وقد أجمعوا أن المماثلة التي ذكرها في الخبر كيلًا ، فاقتضى ذلك ما يتأتى فيه الكيل دون ما لا يتأتى [١] .

١٠٩٦٣ - فأما قولهم : إن ذكر الطعام كالتعليل ، فلا يصح ؛ لأن تعليق الحكم بالاسم لا يجعله علة [٢] ؛ الدليل عليه قوله عليه [الصلاة] والسلام : « لا بأس ببيع [٣] الحيوان بالحيوان اثنين بواحد يدًا بيد » [٤] .

١٠٩٦٤ - ولم يدل [٥] ذلك على اختصاص الحكم بالحيوان ، وكذلك [٦] « نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان » [٧] ، و"نهيه عن بيع الطعام قبل القبض » .

١٠٩٦٥ - وأما قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ ﴾ [٨] ، و ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ ﴾ [٩] ، فهذه أسماء الفاعل فذكرها ذكر الفاعل ، وكأن لا فرق [١٠] بين من سرق فاقطعوه ، وقوله : ﴿ وَٱلسَّارِقُ ﴾ ، ﴿ فَٱقْطَعُوٓاْ ﴾ ، وليس هذا من مسألتنا [١١] في شيء .

على أن من أهل الأصول من يقول : « إن قوله : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ ﴾ يدل على

---

(١) في (ع) : [ما يتأتى] .

(٢) في (ص) : [علية] ، وفي (م) ، (ع) : [عليه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [بيع] .

(٤) أخرجه الترمذي من حديث جابر مرفوعًا في السنن « كتاب البيوع » (٥٣٠/٣) ، الحديث (١٢٣٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، باب « الحيوان بالحيوان نسيئة » (٧٦٣/٢) ، الحديث (٢٢٧١) ، وأحمد في المسند في مسند جابر بن عبد الله ﷺ (٣١٠/٣ ، ٣٨٠ ، ٣٨٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، باب « استقراض الحيوان » (٦٠/٤) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « هذا حديث حسن صحيح » . راجع تخريجه أيضًا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٩٦/٧ ، ١٩٧) الحديث (١٣٥٨) .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [ولذلك] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجزي] .

(٨) سورة المائدة : آية ٣٨ .

(٩) سورة النور : الآية ٢ .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [من مسألتنا في مسألتنا] ، بزيادة : [في مسألتنا] .

وجوب القطع [١] فلا يدل اللفظ على [٢] أن السرقة علة ، وإنما يعلم ذلك بدليل منفصل ، وهو أن السرقة فعل منكر والقطع نكال ، فيستدل بذلك على النكال لأجل ذلك الفعل ، وهذه المعاني كلها معدومة في قوله : « الطعام بالطعام » .

١٠٩٦٦ - فإن قيل : خص الطعام بالذكر دون غيره ، ولو كان الجص والنورة [٣] مثله ، لم يكن للتخصيص معنى .

١٠٩٦٧ - قلنا : كما خص النهي عن بيع الطعام قبل القبض ، وإن كان الطعام بعده سواء .

١٠٩٦٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا ﴾ [٤] ، ولا يجوز أن ينهي عن أكل ما لا يتأتى فيه الأكل .

١٠٩٦٩ - قلنا : نهى عن أكل الربا ، واقتضى ذلك ثبوت الربا في المأكول ، وغيره موقوف على الدليل .

١٠٩٧٠ - ولأن الأكل يفيد [٥] التناول ، بدلالة : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [٦] ، وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ﴾ [٧] ، والمراد بذلك الأخذ والتناول .

ولأنه نهى عن [٨] أكل الربا وعن أخذه بقوله تعالى : « ﴿ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَا۟ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ ﴾ [٩] ، فاقتضى مجموع الأمرين النهي عن القطع والأخذ والأكل [١٠] .

١٠٩٧١ - احتجوا بحديث عبادة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء » [١١] .

---

(١) الزيادة لمقتضى السياق ، وفي سائر النسخ : [القتل] ، مكان : [القطع] ، والصواب ما أثبتناه .
(٢) ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [الجص والنورة والحص] ، بزيادة : [الحص] .
(٤) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .
(٥) في (م) ، (ع) : [مفيد] .
(٦) سورة البقرة : الآية ١٨٨ .
(٧) سورة النساء : الآية ٢ .
(٨) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) سورة الروم : الآية ٣٩ .
(١٠) في (م) ، (ع) : [والأكل والأخذ] .
(١١) حديث عبادة ﷺ : أخرجه الشافعي بهذا اللفظ في الأم « كتاب البيوع » ، باب « الربا » (١٤/٣ ، ١٥) ، وفي السنن المأثورة « كتاب البيوع » ، ص٢٦٨ ، الحديث (٢٢٦) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، =

١٠٩٧٢ - قالوا : وهذا عام في التمرة الواحدة والحبة الواحدة ، فاقتضى أنه لا يجوز بيعها بتمرتين وحبتين .

قالوا : ولأن النبي ﷺ ذكر الأشياء الستة لينبه بها على غيرها ، والعلة التي يحفظ أصلها ويلحق غيره به أولى [١] من العلة التي تخص أصلها .

١٣/ب ١٠٩٧٣ - ولأن العموم يخص بما يعارضه وينافيه ولا يخص بما يوافقه ، والعلة / المستنبطة من الأصل توافقه في حكمه ولا تخالفه [٢] ؛ فبطل أن يقع بها تخصيص أصلها [٣] .

١٠٩٧٤ - والجواب : أنا تتبعنا الأخبار فلم نجد هذا اللفظ في شيء منها ، وإنما الخبر المروي : « الذهب بالذهب » ، وروي : « أنه نهى عن الذهب [بالذهب] إلا مثلًا بمثل » ، فأما : « لا تبيعوا إلا مثلًا بمثل » فما وجدناه في كتاب يرجع إليه [٤] .

ولأن الخبر لم يتناول إلا ما فيه الكيل والوزن [٥] ؛ بدلالة : أن النبي ﷺ علق الجواز بشرط ، وهو التساوي من طريق الكيل والوزن ؛ فدل [على] [٦] أن فساده لعدم ذلك الشرط ، كما قال : « لا تصلِّ إلا طاهرًا » ، لما علق جواز الصلاة بالطهارة كان فسادها متعلقًا بعدمها ، وهذا إنما يكون فيما يتأتى فيه الكيل ، فأما الحبة والحبتان ؛ فعندهم لا يجوز بيع بعضها ببعض متساويًا ومتفاوتًا ، وعندنا يجوز بيعها على الوجهين جميعًا ، فعلم أن الخبر لم يتناول ذلك ، وإنا لم نخصه [٧] .

١٠٩٧٥ - فإن قيل : نهيه عليه [الصلاة و] السلام عن [بيع] [٨] البر بالبر عام في

= « باب الشعير بالحنطة متفاضلًا » (٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الأجناس التي ورد النص بجريان الربا فيها » (٢٧٦/٥) ، ومسلم في الصحيح كتاب المساقاة » ، باب « الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١٠/٣) ، الحديث (١٥٨٧/٨٠) ، والنسائي نحوه في المجتبى « كتاب البيوع » ، في "بيع البر بالبر" (٢٧٥/٧) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في النهي عن الصرف » (٢٥٩/٢) . راجع تخريجه أيضًا في المجموع للسبكي (٦١/١٠ ، ٦٢) .

(١) في (ص) ، (م) : [أو لأن] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يوافقه في حكمه ولا يخالفه] مكان المثبت .

(٣) في (ص) : [أصلًا] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (ع) : [لا يتناول] وفي (م) ، (ع) : [الموزون] .

(٦) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإنما لم يخصه] .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

القليل والكثير ، ثم استثنى منه بيعًا بصفة ، وهو ما وجدت فيه المساواة ، فما لم يوجد فيه المساواة على أصل النهي .

١٠٩٧٦ - قلنا : لما جعل العلة المجوزة [1] للبيع التساوي في الكيل ، فالفساد متعلق بالتفاضل فيه ، وذلك لا يكون إلا فيما يمكن كيله ، فأما [ما] لا يمكن فلا يجوز أن يتعلق [2] جواز العقد به ، ويتساوى الكيل فيه ، وجوازه لعدمه . فإذا ثبت هذا ، فَعِلَّتنا قد حفظت أصلها وعمت جميع ما تضمنه الخبر .

ثم لو سلمنا ما قالوه لم تكن علتنا هي المخصصة للأصل ، وإنما يخصه علة أخرى منتزعة من المعدودات ، فلا يصح قولهم : خصصت أصلها ، وبطل أيضًا قولهم : إن التخصيص يقع بما ينافي [3] الشيء ويخالفه لا بما يوافقه ؛ لأنا لم نخصص بالعلة المستخرجة ، وإنما خصصنا الأصل من العلة الأخرى .

١٠٩٧٧ - قالوا : روي في خبر عبادة ﷺ : « حتى الملح » [4] ، والغاية إنما تكون [5] بالأعلى والأدنى ، والملح أدنى المأكولات ، فصح أن يكون غاية ، وهو وغيره في الأكل [6] سواء ، فلو كانت العلة الكيل : لم يجز أن يكون الملح غاية .

١٠٩٧٨ - قلنا : الملح أدنى المكيلات المذكورة جعل غاية لذلك [7] ، كما أن عندهم لما كان أدنى المأكولات المذكورة جعله غاية [8] .

لذلك قالوا : يجوز ذكر الأشياء الأربعة ، وهي تكال [9] على وجه واحد لينبه بها على العلة ، فلو كانت العلة الكيل اكتفى بأحدهما ، وإنما ذكرها [10] لاختلاف حالها في الأكل ؛ لأن البر فوق [11] حالة الاختيار ، والشعير فوق حالة الاضطرار ، والتمر إدام

---

(١) في (ع) : [المحجورة] .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [يعلق] .

(٣) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [في] ، مكان : [ينافي] .

(٤) هذا جزء من حديث عبادة بن الصامت ﷺ ، أخرجه الطحاوي بطوله ، وفيه : « حتى عد الملح » ، وفي رواية : « حتى ذكر الملح » ، المعاني « باب بيع الشعير بالحنطة » ، وفي « باب الربا » (٤/٤ ، ٦٧) ، و ابن حزم بلفظ : « حتى خلص إلى الملح » ، وبلفظ « حتى خلص إلى الملح » في المحلى « كتاب البيوع » (٤٢٢٧/٧) ، المسألة (١٤٨١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الكيل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [علة] .

(٩) في (م) : [يكال] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فلما ذكر] .

(١١) في (م) : [قوت] .

والملح يصلح به المأكولات ، فخالف بين حالها ليبين أن العلة هي الأكل .

١٠٩٧٩ - قلنا : الملح ليس بمأكول ، وإنما يتبع العلة ، فلو كانت العلة لم يذكر الملح . ولأنه ذكر الأشياء الأربعة ، ولو كانت تكال [1] على وجه واحد لبين أنها مكيل أبدًا وإن اختلفت العادة فيها وما سواه يقف على العادة . ثم النبي ﷺ ذكر الذهب والفضة وكل واحد منهما مكان الآخر ، فالعلة عندهم كونه ثمنًا ثم لم يقتصر [2] على ذكر أحدهما ، [كذلك] [3] في المكيلات لا يمنع أن يكون مثله .

١٠٩٨٠ - قالوا : ما دخل الربا في كثيره دخل في قليله ، كالأثمان .

١٠٩٨١ - قلنا : الأصل غير مسلَّم ؛ لأن قليل الذهب إذ بلغ حدًا لا يتأتى فيه الوزن سقط الربا فيه ، [كما أن قليل البُرّ إذا بلغ إلى حد لا يتأتى فيه الكيل سقط الربا فيه] [4] ، فأما إذا كان قليل الذهب [5] موزونًا فهو كقليل البر المكيل ، فيثبت [6] فيه الربا .

١٠٩٨٢ - قالوا : الوزن عندكم علة ، ثم ثبت الربا عندكم [7] فيما لا يوزن منه ، وهو حلي السيوف والخواتم .

١٠٩٨٣ - قلنا : مال كله موزون يتأتى فيه الوزن ، وإنما منحه اتصالها بغيرها [8] ، فلهذا يعتبر الوزن فيها إذا بيعت بجنسها ، وإنما الذهب الذي لا يوزن هو وزن الذهب الذي لا يصح وزن الواحد منه .

١٠٩٨٤ - قالوا : علة الربا بحكم علة الحظر ، فالبيع [9] والكيل ، عَلَم على الإباحة ، فلم يجز أن يكون علة للتحريم والحظر ، فإن العلة الواحدة لا تجلب [10] حكمين متضادين في شيء واحد .

---

(١) في (م) : [يكال] .

(٢) في جميع النسخ : [ثمن] ، والصواب ما أثبتناه ، وفي (ص) : [يختص] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) من قوله : [إذا بلغ حدًا] إلى قوله : [قليل الذهب] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فثبت] .

(٧) [عندكم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لغيرها] .

(٩) المَيْعُ : هو حالة السيولة ، وهو سيلان الشيء المصبوب أو المكيل .

(١٠) في (م) : [يجلب] .

١٠٩٨٥ – قلنا : العلة في فساد العقد عندنا زيادة الكيل ، وفي جواز التساوي في الكيل ، فَعلَّةُ كل واحد من الأمرين غير علة الآخر .

١٠٩٨٦ – قالوا : فالكيل أحد الوصفين ، [وقد صار وصفًا في علة الحظر ، ووصفًا في علة الإباحة .

١٠٩٨٧ – قلنا : الوصف يتعين] [1] بانضمام غيره إليه . ألا ترى : أن عندهم الجنس أحد وصفي علة الإباحة ، ثم العلة الواحدة توجب تحريم شيء وإباحة غيره ، كما أن الحيض يحرم الوطء والصلاة ويبيح الفطر [2] ، كذلك الكيل في مسألتنا يحرم [3] الزيادة ويبيح التساوي ، وهما أمران مختلفان .

١٠٩٨٨ – وإن قلنا : إن [4] العلة الكيل : لم يلزم ما قالوه ؛ لأن ذلك علة لتحريم التفاضل في الجنس وإباحة التساوي فيه ، وهما أمران مختلفان .

١٠٩٨٩ – قالوا : الأعيان توزن [5] في بلد ولا توزن في غيره ، فيؤدي ذلك إلى أن يكون الشيء الواحد فيه الربا في بعض البلاد دون بعض .

١٠٩٩٠ – قلنا : هذا لا يمتنع ؛ لأن العلة إن [6] كانت الكيل تعلق الحكم بها في الموضع الذي وجدت فيه ، واختلفت المصلحة باختلاف حال أهل البلد في اعتبارهم الكيل والوزن .

١٠٩٩١ – وهذا كما أن الشمس تغيب في بعض البلاد فيباح الفطر ، وهي باقية في غيره فيحرم الفطر ، وتَزُول [7] الشمس في بلد لم تَزَل [8] فيه الشمس في بلد آخر ، فاختلف أهل البلاد باختلاف مطالعهم [9] ، ولوجود سبب العبادة فيهم .

١٠٩٩٢ – قالوا : الأكل علة ذاتية والكيل فعلية ، والذاتية أشبه بالفعلية ، والفعلية أشبه بالشرعية ، ولو اجتمعت علة [10] عقلية وشرعية كانت العقلية أولى [11] ، كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجوز] .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) : [يوزن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يمنع لأن العلة إذا] ، مكان المثبت .
(٧) في (م) ، (ع) : [ويزول] .
(٨) في (م) : [لم يزل] .
(٩) في (ص) : [مصالحهم] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ من الهامش .
(١١) ساقط من (ع) .

ما أشْبَهَ العقليةَ .

١٠٩٩٣ - قلنا : والأكل يختلف ؛ ألا ترى : أن الهَبيد [١] تأكله العرب ولا يأكله غيرهم ، ولم يمنع [٢] اختلاف العادة في الأكل أن يكون علة عندهم .

١٠٩٩٤ - ولأن الأكل اعتياد الناس لفعل الشيء ، وفعلهم [له ، والكيل اعتياد الناس بيعه كيلًا ، وفعلهم] [٣] لأحدهما كالآخر .

١٠٩٩٥ - قالوا : علتنا يوجد الحكم بوجودها ويزول بزوالها ، وعلتكم يوجد بوجودها ولا يزول بزوالها ؛ لأن الحنطة إذا زرعت لا ربا فيها ؛ لأنها ليست مأكولة ، فإذا نبتت وسنبلت ففيها الربا عندنا وعندكم ؛ لأنها مطعومة وليست مكيلة ، فإذا أحرقت وصارت رمادًا فلا ربًا فيها وهي مكيلة .

١٠٩٩٦ - قلنا [٤] : السنبل فيه الربا ؛ لأنه مكيل ، وإن تعذر كيله ما لم ينفصل من وعائه ؛ فهو كالحنطة في الوعاء ، فأما الرماد إذا بيع كيلًا ففيه الربا لوجود العلة ، فإن لم يعتد كيله فلا ربا فيه ؛ لأنه [٥] لا يعتاد بيعه كيلًا .

١٠٩٩٧ - قالوا : الحنطة فيها ربا مطعومة ، وكذلك إذا طحنت وإذا خبزت ، فإن [٦] قلتم : لا ربا فيه ؛ خالفتم [٧] الإجماع ، وإن قلتم : الربا فيه [٨] وزنًا ؛ جعلتم الجنس الواحد معللًا بعلتين .

١٠٩٩٨ - وتحرير هذا : أنه [جنس واحد ؛ فوجب أن يجرى فيه الربا بعلتين ، كالأثمان .

---

(١) الهبيد : قال ابن الأثير : « الهَبيد الحنظل يُكسر ويستخرج حبّه ويُنقع لتذهب مرارته ويتخذ منه طبيخ يؤكل عند الضرورة » ، وقال ابن منظور : « الهبد والهبيد : الحنظل ، وقيل حَبُّه ، واحدته : هبيدة » . راجع : النهاية « باب الهاء مع الباء » (١٣٩/٥) ، لسان العرب مادة : « هبد » (٤٦٠٢/٦) ، المعجم الوسيط (٩٧٨/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولم يمنع] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [لنا] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٧) في (ع) : [لا ربا فيها قد خالفتم] ، مكان المثبت .

(٨) في (م) ، (ع) : [فيه الربا] بالتقديم والتأخير .

١٠٩٩٩ - قلنا : الخبز بالصنعة قد صار في حكم](1) جنس آخر عندنا ، وقد قال أصحابنا : إنه يجوز بيعه بالحنطة متفاضلًا ، فلا نسلم أنها عين واحدة عللت بعلتين ، بل كل واحدة غير العين الأخرى .

١١٠٠٠ - قلنا : علة تخالف (2) علة أخرى .

١١٠٠١ - قالوا : الكيل والوزن موضوع لمعرفة المقدار ، كالعد والذرع ؛ فلا يكون علة في وصف الربا (3) .

١١٠٠٢ - قلنا : العد والذرع كل واحد منهما لم يجعل (4) علمًا للتخلص من الربا ، فلم تكن علته فيه ، ولما كان الكيل والوزن مقدارًا جعل علمًا (5) للتخلص منه ، جاز أن يكون علة فيه .

ولأن المذروعات (6) لا ربًا فيها ، ولا معنى لطلب العلة فيها .

١١٠٠٣ - ولأن الذرع في المذروع (7) صفة ؛ بدلالة : أن من باع ثوبًا على أنه عشرة أذرع فوجده (8) أحد عشر : لم يلزمه رد الزيادة ، ولو وجد كون المذروع (9) تسعة أذرع : ثبت له الخيار ، كما ثبت لو (10) وجده معيبًا .

والربا لا يثبت بالتفاضل في الصفات (11) ، بدلالة : جواز بيع قفيز جيد بقفيز رديء .

١١٠٠٤ - وأما الكيل فليس يجري مجرى الصفات ، بدلالة : أن من اشترى طعامًا على أنه عشرة أقفزة ، فوجده (12) أحد عشر : رد الزيادة ، ولو وجده تسعة : رجع بقسط القفيز من الثمن . فعلم (13) أن الكيل مقدار لإدراك السبب بصفته ، والربا يثبت في المقدار .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [يخالف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كالعدد والذرع فلا يكون وصفًا في علة الربا] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [العدد والذرع كل واحد منهما يجعل] ، بحذف : [لم] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولما كان الكيل والوزن مقدار حمل علماؤنا] ، مكان المثبت ، خلا : [مقدر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الذرع] .

(٧) المذروعات : ما قيس بالذراع .

(٨) في (م) ، (ع) : [فوجد] .

(٩) في (ص) : [المذروع] ، وفي (م) ، (ع) : [الذرع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لو ثبت] .

(١١) في (م) ، (ع) : [والصفات] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فوجد] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [سقط القفيز من الثمن فعلمت] ، مكان المثبت .

١١٠٠٥ - قالوا : الكيل معنى يتخلص به من الربا ، فوجب أن لا يكون علة في التحريم ، أصله : القبض في المجلس .

١١٠٠٦ - قلنا : التساوي عندنا في الكيل [1] يتخلص به من الربا ، فأما الكيل فلا .

ولأن القبض دليلنا ؛ لأنه لما كان سببًا للتخلص من الربا كان فقده مؤديًا لوجود الربا كذلك التساوي في الكيل لما كان علمًا على الخلاص كان فقده مؤديًا لوجود الربا .

ولأن القبض ليس سببًا [2] للتخلص من الربا ؛ لأن الربا هو التفاضل والنساء ، والقبض لا يتخلص فيه في النَّساء [3] بسبب يمنع فساد العقد ويوجب استقراره ، فأما أن يتخلص به من الربا فلا .

١١٠٠٧ - قالوا : زيادة الكيل لا يجوز أن تكون [4] علة ؛ لأن التحريم يثبت في الصُّبرة بالصبرة مع فقد العلم بالزيادة .

١١٠٠٨ - قلنا : إذا قلنا إن زيادة الكيل علة في فساد العقد لم يخرج منه أن العقد لا / يفسد بعلة أخرى ، ففي الصبرة بالصبرة فسد العقد لمعنى آخر ؛ لأن [5] علة الإباحة العلم بالتساوي من طريق الكيل ، وقد عدمت فثبت التحريم بفقد علة الإباحة . ١٣/أ

١١٠٠٩ - ولأن [6] زيادة الكيل إذا حرمت العقد والتساوي يبيحه ، ففي الصبرة يجوز وجود التفاضل فوجب الحكم ، ومتى أثرت العلة عند وجودها وأثرت إذا جوز وجودها ولم يتحقق ، دل ذلك على تأكدها .

١١٠١٠ - احتجوا في علة الأثمان : بأنها علة ولا تنتقض ، ولا تخالف [7] نصًا ولا إجماعًا .

١١٠١١ - قلنا : هذه الطريقة لا تدل على الصحة ؛ لأن المختلفين في المذهب يعلل [8] كل واحد منهما مذهبه بعلة على هذه الصفة ، ثم أحدهما بالجملة ، فعلم أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [في الكيل عندنا] .

(٢) في (ص) ، (ع) : [سبب] وهو ساقط من (ع) ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) النَّساء أي : التأخير [وهو التأخير في كل جنسين اتفقا في علة ربا الفضل وهي الكيل والوزن ...] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولأن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٧) في (م) : [علة لا ينتقض ولا يخالف] مكان المثبت .

(٨) في (م) : [تعلل] .

هذا ليس بدليل .

١١٠١٢ - قالوا : ما لا يدخل الربا في معموله ، لا يدخل في غير معموله ، كالطين ، وعكسه : الذهب والفضة .

١١٠١٣ - قلنا : لا نسلم أن الربا لا يدخل في معمول الحديد والصُّفر ؛ لأن الناس إذا تبايعوا ذلك وزنًا دخل فيه الربا عندنا ، فإن تبايعوها عددًا فالمعنى فيه : أنه خرج من حد الوزن ، والفضة والذهب لا يخرج من الوزن وإن عمل ، فإن كلًّا منه ما لا يوزن ولا ربا فيه [1] .

١١٠١٤ - وقولهم : السكاكين [2] المحلاة والخواتيم لا توزن ، غلط ؛ لأنها موزونة وإنما يتعذر الوزن ، ولهذا تباع [3] بمقدار ما نظر فيها من الوزن وزيد ثمنها بزيادته .

١١٠١٥ - فإن قيل : فالحديد مثله .

١١٠١٦ - قلنا : آنية الحديد الذي لا ربا فيه هي التي لا توزن [4] مع إمكان وزنها ، وذلك لا يعتبر بالوزن فيها .

١١٠١٧ - قالوا : لو كان الوزن مع الجنس علة لكان الوزن بانفراده يحرم النَّساء كالطعم [5] عندنا ، والكيل عندكم ، فلما جاز أن تسلم [6] الدراهم في الزعفران ، دل أن الوزن ليس بعلة ، وظهر بهذا أن [7] كل عينين جاز أن يُسْلَمَ أحدهما في الآخر لم يجمعهما في الربا علة واحدة ، كالدراهم ، والثياب ، وعكسه الذهب والفضة .

١١٠١٨ - قلنا : المعنى المضموم إلى الجنس هو الكيل ، وذلك يوجد في شيئين متفقين ؛ لأن المكيل مثمن أبدًا ، فلما اتفقت الأعيان التي جمعتها العلة في هذه الصفة حرم النساء فيها .

فأما الوزن فيوجد في أشياء متفقة كلها مثمنة ، كالزعفران ، والحديد ، والرصاص ؛ فوجب تحريم النساء فيها لاتفاقها ، كما يوجد في المكيلات ، ويوجد في أشياء مختلفة [8] بعضها ثمن وبعضها مثمن ، فلما اختلف معناه صار ذلك كاختلاف العلة ،

---

(١) في سائر النسخ : [فإن كل منه ما لا يوزن ولا ربا فيه] ، ولعل الصواب : [فإن كل ما لا يوزن لا ربا فيه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الساكين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وزنها] .
(٤) في (م) : [لا يوزن] .
(٥) في (م) ، (ع) : [كما يطعم] .
(٦) في (م) : [يسلم] .
(٧) في (ص) : [هذا أن] بدون الباء ، وفي (م) : [أن هذا] بالقديم والتأخير .
(٨) في جميع النسخ : [مختلف] ، والصواب ما أثبتناه .

فجاز أن يُسْلَم بعضها في بعض .

١١٠١٩ – يبين [١] ذلك أن المكيلات كلها تكال على صفة واحدة ، والموزونات تختلف [٢] ، فمنها : ما يوزن بالقبان [٣] ولا يقع فيها المسامحة اليسيرة ، وهو الذهب والفضة ، ومنها : ما يوزن بالقبان [٤] ويسامح فيه وهو الحديد والرصاص ، فدل ذلك على افتراق الحكمين .

١١٠٢٠ – فإن قيل : فيجب أن لا يجوز إسلام [٥] التبر والحلي في الزعفران ؛ لأن كل واحد منهما مثمن .

١١٠٢١ – قلنا : من أصحابنا من قال ذلك . قال قاضي الحرمين [٦] : وجدت الرواية عن أبي حنيفة : أن ذلك لا يجوز . ومنهم من قال : إنه من جنس الأثمان وحكمه حكمها ، كما أنه يساويهما [٧] في تحريم التفاضل ووجود التقابض ، وقد ذكر السمناني [٨] في الآحاد : أن ذلك يجوز .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٢) في (م) : [يكال على صفة واحدة والموزونات يختلف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالعيان] ، مكان : [بالقبان] ، القبّان : الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساما ، ينقل عليها جسم ثقيل يسمى الرُّمَّانة لتعين وزن ما يوزن . راجع لسان العرب مادة « قبن » (٣٥٢٣/٥) ، المعجم الوسيط (٧٢٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالعيان] ، مكان : [بالقبان] .

(٥) في (ع) : [تسلم] .

(٦) قاضي الحرمين : هو أحمد بن محمد بن عبد الله ، أبو الحسين النيسابوري ، المعروف بقاضي الحرمين ، كان شيخ الحنفية في عصره ، تفقه على أبي الحسن الكرخي ، وأبي طاهر الدباس ، وبرع في المذهب ، توفي رحمه الله بنيسابور ، في سنة إحدى وخمسين وثلاثمائة . راجع ترجمته في : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٧١ ، الجواهر المضية (٢٨٤/١ – ٢٨٨) ، الترجمة (٢١١) ، تاج التراجم ص١٥ ، شذرات الذهب (٧/٣ ، ٨) ، الفوائد البهية ص٣٦ .

(٧) في (م) ، (ع) : [يساويها] .

(٨) في جميع النسخ : « السماني » والصواب ما أثبتناه ، والسمناني : هو محمد بن أحمد بن محمد ، أبو جعفر السمناني قاضي الموصل ، سمع الدارقطني ، وسمع منه الخطيب ، وقال : كتبت عنه ، وكان صدوقًا عالمًا فاضلًا حنفيًا معتقدًا مذهب الأشعري ، وله تصانيف في الفقه وتعاليق ، مات رحمه الله في سنة أربع وأربعين وأربعمائة . راجع ترجمته في : الأنساب « باب السين والميم » (٣٠٦/٣) ، تاج التراجم ص٦١ ، الفوائد البهية ص١٥٩ .


مسألة ٥٧٧

اعتبار التقابض عن بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير

١١٠٢٢ - قال أصحابنا : إذا باع حنطة ، بحنطة ، أو شعيرًا بشعير بأعيانها ؛ لم يعتبر التقابض فيها في المجلس ، وجاز بشرط الخيار في العقد (١) .

١١٠٢٣ - وقال الشافعي التقابض شرط ولا يصح الخيار (٢) .

١١٠٢٤ - لنا : ما روي عن أبي بكر ، عن أبي الزبير ، عن جابر ﷺ ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان : صاع البائع وصاع المشتري (٣) » .

ظاهره أنه إذا جرى الصاعان جاز بيع المشتري وإن لم يقبض بداره

١١٠٢٥ - ولا يقال : إن هذا دليل الخطاب ؛ لأن ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، وليس هذا دليل الخطاب وإنما هو حكم النطق .

١١٠٢٦ - وروي « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يقبض » (٤) .

١١٠٢٧ - ولأنهما عينان من جنس الأثمان ؛ فلا يكون التقابض في المجلس شرطا في عقدهما ، كالحديد بالصفر ، والحنطة بالجص .

١١٠٢٨ - فإن قيل : المعنى في الأصل : أنهما لا تجمعهما علة واحدة من الربا ؛ لم

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٥ ، وروضة القضاة « فصل شرط الخيار في المطعومات » (٤٠٣/١) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٢ ، ٣-٣٠٤ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » (٢١٩/٥) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٢٨٨ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (١٨/٧-٢٠) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٧٩/٢ ، ٨٠) .

(٢) راجع تفصيل المسألة : في المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » و « باب الربا » (١٨٨/٩ ، ١٩٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤) ، و (٦٩/١٠-٧٢ ، ٩٣) ، النكت في « مسائل الربا » ، ورقة (١٣٢ ، أ ، ب) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٥٣/٤ ، ١٥٤) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : لا يجوز التفرق قبل التقابض في بيع الطعام بالطعام . راجع المسألة في : المنتقى ، في « ما جاء في الصرف » (٢٧٦/٤) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الرابع في الربا في الطعام » ص٢٥٦ ، المغني « باب الربا والصرف » (١٣/٤) ، الكافي « باب الربا » (٦٦/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (٤١/٥) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) . (٤) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٤) .

نسلّم .

١١٠٢٩ - فإن قيل : المعنى فيه : أن أحدهما يجوز أن يكون رأس مال والآخر مسلم فيه لم نسلم .

١١٠٣٠ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه ليس بمطعوم ولا ثمن فلم يصح ؛ لأن القبض في المجلس يجوز أن يجب في غير المطعوم والأثمان كرأس مال السلم ، وعلة الفرع تبطل [1] بالجراد ، فإن الجراد مطعوم ولا يعتبر فيه التقابض .

١١٠٣١ - فإن قالوا : لا يعتاد أكله على هذه الصفة ، فبطل بالملح واللحم بالملح .

١١٠٣٢ - فإن قيل وضع هذه العلة فاسد [2] ؛ لأن ما يجب قبضه إذا كان ثمنًا يجب وإن كان عينًا ، كرأس المال ، وما لا يجوز قبضه إذا كان عينًا لا يجب إذا كان ثمنًا ، كعوض الثوب .

١١٠٣٣ - قلنا : للأثمان [3] في القبض حكم لا يوجد لغيرها ، بدلالة : أن العقد عليها انفرد [4] باسم اقتضى التقابض وهو الصرف ، والأعيان لا يوجد فيها هذا المعنى .

١١٠٣٤ - ولأن السلم دليلنا ؛ لأن قبض رأس المال لما وجب إذا أسلم موزونًا في مكيل ، كذلك إذا أسلم موزونًا في موزون ، مثل الدراهم في الحديد في البيع لو باع مكيلًا بموزون لم يستحق القبض ، كذلك إذا باع مكيلًا بموزون لم يستحق القبض أيضًا .

١١٠٣٥ - ولأنهما مأكولان فلا يجب قبضهما في المجلس ، كالجراد بالجراد ، والسمك بالسمك .

ولأنه خارج من عقود الصرف ، فلم يعتبر قبض بدله [5] في الجنس ، كبيع الثياب بالدراهم .

١١٠٣٦ - ولا يلزم إذا باع قفيزًا [6] من صبرة بقفيز من صبرة أخرى ؛ لأن القبض

---

(١) في (م) ، (ع) : [يبطل] . (٢) في (م) ، (ع) : [فاسدة] .

(٣) في جميع النسخ : [لعوض] ، مكان [كعوض] ، والصواب ما أثبتاه ، وفي (م) ، (ع) : [الأثمان في الأثمان] ، مكان : [للأثمان] .

(٤) لفظ : [انفرد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بدلالة] ، مكان : [بدلة] .

(٦) في (ص) : [قفيز] .

في المجلس لا يعتبر عندنا ، وإنما يعتبر المعتبر ، وأن كل عين لو بيعت بالدراهم لم يكن من شرط صحة العقد التقابض في المجلس ، فإذا بيعت بجنسها وجب أن لا يكون إلا بشرط التقابض كالحديد .

١١٠٣٧ - ولأن ما لا يجري في حق الوارث من الزكاة لا يعتبر في العقد عليه التقابض ، كما ذكرنا ، وعكسه : جنس الأثمان .

ولأن العقد إذا تناول بدلين يجوز السلم في جنس واحد منهما ؛ لأن التقابض ليس بشرط في المجلس ، أصله ما ذكرناه .

ولأن الحنطة إذا بيعت بالشعير فهما جنسان لا يقوم المستهلك فيهما ، فلم يجب التقابض فيهما في المجلس [1] ، كسائر الأجناس .

١١٠٣٨ - والدليل على جواز شرط الخيار في العقد : قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا بعت ، فقل : لا خلابة ولك الخيار » [2] .

١١٠٣٩ - ويذكر فيه ما قدمناه من العلل ؛ ولأن الحنطة تارة تكون ثمنًا وتارة تكون معينة ، فجاز [شرط الخيار فيها ، كالفلوس .

١١٠٤٠ - ولأنه أحد نوعي الخيار ؛ فجاز] [3] أن يثبت في بيع الحنطة بالحنطة أصله : خيار العيب .

١١٠٤١ - احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورِق بالورِق ، ولا البرّ بالبرّ ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، يدًا بيد ، عينًا بعين [4] » .

١١٠٤٢ - فقوله : « يدًا بيد » يقتضي التقابض ثم أجرى المطعوم مجرى الأثمان ،

---

(١) قوله : [في المجلس] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب الحجر على من يفسد ماله » (٧٨٩/٢) ، الحديث (٢٣٥٥) ، والدارقطني « كتاب البيوع » (٥٥/٣ ، ٥٦) ، الحديث (٢٢٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » (٢٧٣/٥) ، وابن أبي شيبة في « مسألة في رد البيع » (٤٠٦/٨) ، الحديث (٣) . راجع تخريجه أيضًا : في نصب الراية ، « باب خيار الشرط » (٦/٤ ، ٧) ، تلخيص الحبير ، « باب خيار المجلس والشرط » (٢١/٣) ، الحديث (١١٨٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٦) .

وفي الأثمان لا يجوز التفرق [١] قبل القبض .

ثم قال : « ولكن بيعوا [٢] البر بالشعير كيف شئتم يدًا بيد [٣] » .

١١٠٤٣ – الجواب : أن قوله « يدًا بيد » يفيد التعيين وأنه لا يباع نَسَاءً ، ولا يفيد التقابض .

الدليل على ذلك الشرع ، والعرف ، واللغة :

١١٠٤٤ – أما [٤] الشرع : فروى « أنه عليه [الصلاة و] السلام نهى عن بيع الحيوان بالحيوان إلا يدًا بيد » [٥] ، وروى : « أنه ﷺ سئل ، فقيل : إنا [٦] نبيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة [٧] بالنجائب ، ، فقال : لا بأس به يدًا بيد » [٨] ، ومعلوم أن الحيوان بالحيوان اعتبر فيه التعيين دون التقابض .

١١٠٤٥ – وأما العرف ، فيقال [٩] : فلان يبيع يدًا بيد ، معناه [١٠] أنه لا يبيع نساء وإن لم يقبض في المجلس .

---

(١) لفظ : [التفرق] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [تبيعوا] .

(٣) أخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل » (٥٣٢/٣) ، الحديث (١٢٤٠) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب الصرف وما لا يجوز متفاضلًا يدًا بيد » (٧٥٧/٢ ، ٧٥٨) ، الحديث (٢٢٥٤) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، « في بيع البر بالبر» (٢٧٥/٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، باب « في الصرف » (٢٤٤/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) تم تخريجه من حديث جابر مرفوعًا ، بلفظ : « الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نسيئًا ، ولا بأس به يدًا بيد » ، وبألفاظ نحوه كما سيأتي تخريجه من وجوه ، بلفظ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » في مسألة (٥٧٨) ، وفي مسألة (٦٦١) .

(٦) في (ص) : [إنما] ، مكان : [إنا] .

(٧) في صلب (ص) : [المهاتر] ، وفي الهامش من نسخة أخرى : [المراير] ، وفي (م) . (ع) : [الهاتر] ، مكان : [الفرس] ، والمثبت من مسند أحمد ، وفي (م) ، (ع) : [بالفرس] ، مكان : [بالأفراس] . والنجيبة : تأنيث النجيب ، والنجيب من الإبل القوي منها ، الخفيف السريع . راجع في النهاية « باب النون مع الجيم » (١٧/٥) .

(٨) هذا جزء من حديث ابن عمر (رضي الله عنه) الذي تقدم تخريجه مطولًا في مسألة (٥٧٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فأما] ، مكان : [وأما] ، ولفظ : [فيقال] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بيع] : مكان : [يبيع] ، وفي (ع) : [يد بيد] ، ولفظ : [معناه] ساقط من (ع) .

١١٠٤٦ - وأما اللغة : فحكى أبو علي الفارسي [١] ، عن سيبويه [٢] أنه قال : ذو يد بذي يد [٣] .

١١٠٤٧ - قال أبو علي : يريد به ما يقع عليه اليد كما يقع عليه اليد ، وهذا يفيد التعيين دون التقابض .

١١٠٤٨ - فإن قيل : ذكر في الخبر : « عينًا بعين ، يدًا بيد » ، فلو حمل قوله : يدًا بيد » على التعيين كان تكرارًا .

١١٠٤٩ - قلنا : إذا كان معنى أحد اللفظين معنى آخر حمل على التأكيد ، وهذا هو طريق الكلام في الخبر ؛ لأنه قال : « هاء وهاء » [٤] ومعلوم أنهم إذا حملوا قوله « يدًا بيد » على التقابض كان قوله : « هاء وهاء » تكرارًا .

١١٠٥٠ - ولأنه قال في الخبر : « مثلًا بمثل ، سواءً بسواء » [٥] وأحد الأمرين تكرار الآخر ، وإنما ذكره على طريق التأكيد ، وكذلك هذا أيضًا .

ولأن النبي ﷺ « نهى عن بيع البر بالبر إلا مثلًا بمثل يدًا بيد [٦] » ، ظاهر الخبر

---

(١) أبو علي الفارسي : « هو الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن محمد بن سليمان الفارسي الفسيوي ، إمام النحو وصاحب مصنفات كثيرة توفي رحمه الله في بغداد ، في سنة سبع وسبعين وثلاثمائة . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٣٧٩/١٦ ، ٣٨٠) ، الترجمة (٢٧١) ، البداية والنهاية (٣٠٦/١١) ، شذرات الذهب (٨٨/٣ ، ٨٩) ، بغية الوعاة للسيوطي (٤٩٦/١) .

(٢) سيبويه هو : « عمرو بن عثمان بن قنبر أبو بشر الفارسي ثم البصري ، وقد طلب الفقه والحديث مدة ، ثم أقبل على العربية فبرع فيها ، وألف كتابه في النحو الموسوم بالكتاب . توفي رحمه الله في سنة ثمانين ومائة على الأصح ، وقيل في سنة ثمان وثمانين ومائة . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٣٥١/٨ ، ٣٥٢) ، الترجمة (٩٧) ، البداية النهاية (١٧٦/١٠ ، ١٧٧) ، شذرات الذهب (٢٥٢/١) وما بعدها .

(٣) في (م) ، (ع) : [دو يد يدي] : مكان : [ذو يد بذى يد] .

(٤) هذا جزء من حديث عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الذي سيأتي تخريجه في هذه المسألة .

(٥) في جميع النسخ : [سوى بسوى] ، وهو خطأ . وهذا جزء من حديث عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) ، أخرجه مسلم مطولًا بهذا اللفظ في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا» (١٢١١/٣) ، الحديث (١٥٨٧/٨١) ، والنسائي في « كتاب البيوع » ، « في بيع البر بالبر » و« بيع الشعير بالشعير » (٢٧٥/٧ ، ٢٧٧) ، وأحمد في المسند، في حديث عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) (٣١٤/٥) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » « باب فى النهي عن الصرف » (٢٥٩/٢) .

(٦) أخرجه النسائي من حديث عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) مطولًا ، في المجتبى « كتاب البيع » في « بيع البر بالبر » (٢٧٤/٧) .

يقتضي أنها صفات معتبرة حال العقد ، والذي يعتبر من [العقد حال] (١) الانعقاد وهو التعيين ، فأما التقابض فيعتبر بعد العقد ، فدل أن المراد بذلك التعيين .

١١٠٥١ - فأما قولهم : إن قوله ﷺ « يدًا بيد » من الذهب والفضة أريد به التقابض ، فكذلك في المطعومات ، فغير مسلَّم ؛ لأن قوله ﷺ « يدًا بيد » أريد به التعيين / في الأشياء الستة ، ولم يرد به التقابض لا شيء غير ذلك ، وإنما اعتبرنا التقابض في الذهب والفضة ، بدلالة غير هذا الخبر . ١٣١/ب

١١٠٥٢ - قالوا : روي عمر بن الخطاب ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » (٢) .

١١٠٥٣ - قال الشافعي رحمه الله : فاحتمل قوله ﷺ : « هاء وهاء » المناولة حين العقد يأخذ بواحدة ويعطي بالأخرى ، ويحتمل القبض قبل التفرق (٣) ، فلما فسر عمر ﷺ الخبر على أنه القبض قبل التفرق (٤) ، كان المصير إلى تفسير الراوي أولى (٥) .

وروى الشافعي ، عن مالك ، عن الزهري ، عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري ، أنه التمس (٦) صرفًا بمائة دينار ، قال : فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها (٧) في يده ، ثم قال : حتى تأتي خازنتي أو

---

(١) الزيادة من (ع) .

(٢) هاء وهاء حديث عمر بن الخطاب (ﷺ) : أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الصرف » (٢٤٤/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، باب « الصرف وما لا يجوز متفاضلًا يدًا بيد » (٧٥٧/٢) ، الحديث (٢٢٥٣) ، والنسائي بلفظ : « الذهب بالورق » بدل « الذهب بالذهب » في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « بيع التمر بالتمر متفاضلًا » (٢٧٣/٧) ، وأحمد في المسند ، في « مسند بن عمر بن الخطاب (ﷺ) (٢٤/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » في من قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة » (٢٩٧/٥) ، الحديث (١) . راجع تخريجه أيضًا في : نصب الراية « باب الربا » (٣٧/٤ ، ٣٨) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٨٠/٧ ، ١٨١) ، الحديث (١٣٥١) ، كما سيأتي تخريجه مطولًا في هذه المسألة .

(٣) في (ص) : [التصرف] ، وفي (م) ، (ع) : [الصرف] ، مكان : [التفرق] والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) : [التصرف] .

(٥) لفظ : [أولى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في جميع النسخ : [البصري] ، مكان : [النصري] المثبت من الموطأ ، والأم ، والسنن المأثورة ، وفي (م) ، (ع) : [الثمن] ، مكان : [التمس] . وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوصت حتى اصطرف من واحد الذهب فقلبها] مكان المثبت .

خازني [1] من الغابة ، قال : وعمر يسمع ، فقال : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه [2] ، ثم قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء » [3] ، فسر الراوي بالقبض ، والرجوع إلى تفسيره أولى ؛ لأنه أعرف بما سمع ، وأخبر بما رواه .

١١٠٥٤ - والجواب : أن قوله عليه [الصلاة و] السلام « هاء وهاء » يحتمل أن يكون المراد به : هذا وهذا ، ويحتمل : هذا بهذا ، فيفيد التعيين ، فلما جعل عليه [الصلاة و] السلام شرطًا في العقد علم أن المراد به التعيين ؛ لأن القبض لا يعتبر عند العقد .

وأما التأويل [4] فلا حجة فيه ؛ لأن طلحة باع دراهمَ غير حاضرة ، فأمر بقبضها للتعيين لا للقبض ؛ لأنها لا تتعين [5] إلا به .

١١٠٥٥ - قالوا : عينان فيهما الربا بمعنى واحد ، فلم يجز التفرق قبل القبض ، كالأثمان .

١١٠٥٦ - قالوا : ولأنها معاوضة لا تدخل [6] في كل واحد من العوضين ، فلم يجز التفرق قبل القبض ، كالأثمان .

١١٠٥٧ - قلنا : ففي [7] الربا اعتبر حتى يقع العقد صحيحًا ، والقبض اعتبر حتى

---

(١) في (ص) : [ثم قال له] بزيادة [له] ، وفي جميع النسخ : [حتى تأتي جاريتي أو خادمي] غير أن لفظ : [جاريتي] غير منقوط في (ص) ، وما أثبتناه من الأم والمسند للشافعي . وفي السنن المأثورة : [حتى تأتي جاريتي من الغابة أو يأتي خازني] ، وفي الموطأ وصحيح البخاري : « حتى يأتي خازني من الغابة » دون شك .

(٢) في سائر النسخ : [ولكنه] ، مكان : [والله] ، والمثبت من كتب الحديث ، وفي (م) ، (ع) : [لا يفارقه حتى يأخذ منه] ، مكان المثبت .

(٣) أخرجه الشافعي بهذا الإسناد واللفظ في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٥/٢ ، ١٥٦) ، الحديث (٥٣٨) ، والبخاري باختلاف يسير في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب بيع الشعير بالشعير » (٢٠/٢ ، ٢١) ، وكذلك مالك ، إلا أنه قال : « الذهب بالورق » ، بدل « الذهب بالذهب » ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، باب « ما جاء في الصرف » (٦٣٦/٢ ، ٦٣٧) ، الحديث (٣٨) ، والشافعي في الأم « باب الربا » (١٤/٣) ، وفي السنن المأثورة « كتاب البيوع » ص٢٦٧ ، ٢٦٨ ، الحديث (٢٢٥) ، ومسلم بمعناه في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا» (١٢٠٩/٣ ، ١٢١٠) .

(٤) في جميع النسخ : [تأويل] ، وما أثبتناه بالألف واللام أصح .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يتعين] . (٦) في (م) : [يدخل] .

(٧) في (ص) ، (ع) : [نفي] بدون نقطة الحرف الأول .

لا يفسد بعد صحته ، وما أثر في العقد بعد صحته أوسع ؛ ألا ترى : أن العقد لا يجوز على الآبق (١) ، ويجوز أن يبقى مع الإباق ، فلم يجز أن يعتبر ما يؤثر في باقي (٢) العقد بما اعتبر حال الكفارة .

ولأن المعنى في الأثمان : أن العقد عليها اقتضى التقابض ؛ لأن معنى الصرف : أن يصرف كل واحد منهما أكثر من الآخر ما هو من جهته ، فلما اقتضى العقد التقابض وجب ، وهذا لا يوجد في غيره من العقود ، ولهذه العلة لما اقتضى لفظ السلم تعجيل قبض أحد العوضين وجب . ثم لم يجب إذا باع ثوبًا بطعام مؤجل ؛ لأن لفظ (٣) العقد ما اقتضى القبض .

١١٠٥٨ - وقولهم : « معاوضة » لا يدخل الأجل في كل واحد من عوضها ، يبطل ببيع الجوهر بالجوهر .

١١٠٥٩ - قالوا : ما حرم فيه النساء ، حرم فيه التفرق قبل القبض (٤) ، كالذهب بالفضة .

١١٠٦٠ - قلنا : يبطل إذا صالح من دين في الذمة على عين ، فإن النَّساء يحرم في هذه العين ، وقبض العين في المجلس غير متعين ، يبطل ببيع الجوهر بالجوهر .

١١٠٦١ - فإن قيل : الجوهر لا يحرم فيه النساء ، وإنما يفسد العقد فيه بجهالة المعقود عليه .

١١٠٦٢ - قلنا : فقد حرم النساء ، وهذا بيان علة تحريمه يختص بالحكم ولا يضرنا ، فإن علة ما عللوه غير مطردة (٥) .

١١٠٦٣ - فإن احترزوا فقالوا : إنما حرم فيه النساء لأجل الربا .

١١٠٦٤ - قلنا : قد يحرم النساء فيما لا يعتبر فيه القبض ، كما بينا في الصلح من دين على عين (٦) .

---

(١) في سائر النسخ : [الألف] ، مكان : [الآبق] ، والصواب ما أثبتناه . راجع تفصيل مسألة بيع الآبق في فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤٢١/٦) .

(٢) في (ص) ، (م) : [ثاني] ، وفي (ع) : [باقي] ، مكان : [ما في] ، لعل الصواب : [ما في] .

(٣) كلمة : [لفظ] ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا التقابض] ، مكان : [قبل القبض] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عللتوه] ، ولا يكتمل معنى الجملة ولهذا زدنا ما بين القوسين ، بعد قوله : [عللوه] لأن المعنى غير مستقيم .

(٦) في (م) ، (ع) : [غيره] ، مكان : [عين] .

١١٠٦٥ - قالوا : عينان يجوز السلم في كل واحد منهما ، فإذا لم يجز إسلام إحداهما في الأخرى [1] لم يجز التفرق قبل القبض . أصله إذا قال : بعتك قفيزًا من هذه الصبرة بقفيز من هذه الصبرة .

١١٠٦٦ - قلنا : قولكم : « عينان » لا نسلمه في الأصل ؛ لأن العقد [2] وقع على قفيز غير معين .

ثم الأصل غير مسلَّم ؛ لأن المعتبر عندنا التعيين في بيع القفيز بالقفيز [3] ، فإذا تعين : جاز ، فأما القبض : فلا نعتبره [4] .

* * *

(١) في جميع النسخ : [أحدهما] ، وفي (ص) : [الآخر] ، مكان المثبت .

(٢) الآتي : فى صلب (ص) : [البيع] ، مكان : [العقد] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) قوله : [بالقفيز] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في صلب (ص) : [فلا يتعين] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا يعتبر] ، مكان : [فلا نعتبره] ، وما أثبتناه من هامش (ص) .



حكم بيع الجنس بالجنس نسيئة

١١٠٦٧ - قال أصحابنا : الجنس بالجنس يحرم النساء [١] .

١١٠٦٨ - وقال الشافعي : لا يحرم [٢] .

١١٠٦٩ - لنا ما روى ابن عمر ﵄ : أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الصاع بالصاعين ، ولا الدرهم بالدرهمين ، فقام رجل ، فقال : إنا نبيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالنجائب ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : لا بأس بذلك يدًا بيد ، ولا خير فيه نساء » [٣] .

١١٠٧٠ - وروى الحسن عن سمرة ﵁ : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان

---

(١) في جميع النسخ : « الجنس بغير الجنس يحرم النساء » ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحنفية . قال الكاساني في البدائع : « وأما إسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعيات والعدديات ، كالهروى في الهروى ، والمروى في المروى ، والحيوان في الحيوان ، فلا يجوز عندنا ، وعند الشافعي ﵀ يجوز ، ولقب هذه المسألة : أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا ، وعنده : لا يحرم » . راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل : وأما شرائط الصحة (١٨٧/٥) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٢٨٦-٢٨٨ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « باب الربا » (١٠/٧-١٢) ، العناية مع الهداية ، « باب الربا » (٣٥٠/٧-٣٥٣) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٧٩/٢) .

(٢) قال الشافعي في مختصر المزني: « كل ما خرج من المأكول والمشروب والذهب والفضة ، فلا بأس ببيع بعضه ببعض متفاضلًا إلى أجل ، وإن كان من صنف واحد ، فلا بأس أن يسلف بعيرًا في بعيرين أريد بهما الذبح أو لم يرد » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الآجال في السلف والبيوع » (٩٩/٣) ، مختصر المزني « باب الربا » ص٧٦ ، ٧٧ ، مختصر الخلافيات « كتاب البيوع » ، ورقة (١١٩أ ، ٢٠٠أ) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٥٤/٤) ، المنتقى في « ما جاء في بيع العربا » (١٥٨/٤) ، بداية المجتهد « الباب الثاني » في بيوع الربا » (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الرابع في الربا في الطعام » ، و« الباب العاشر في السلم » ص٢٥٨ ، ٢٧٢ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣١٨/١- ٣٢٠) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٦٦/٢ ، ٦٧) ، الإنصاف (٤٢/٥ ، ٤٣) .

(٣) تقدم تخريج حديث ابن عمر ﵄ بنحو هذا اللفظ في مسألة (٥٧٦) ، وأما قوله : « ولا خير فيه نساء» فأخرجه أحمد من حديث جابر ﵁ ، في مسند عبد الله بن عمر ﵄ (٣٨٢/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » ، « في العبد بالعبدين والبعير بالبعيرين » (٥٣/٥) ، الحديث (١٣) ، ومحمد في كتاب الحجة (٤٩٥/٢) .

بالحيوان نسيئة »[1] ، ذكره أبو داود .

١١٠٧١ – فإن قيل : هذا محمول على النساء في العوضين .

١١٠٧٢ – قلنا : الظاهر أن الصفة تدخل على ما دخلت عليه الباء ، كما لو قال أبيعك هذا الثوب بالنسيئة .

ولأن أحدهما مخفوض بالإضافة والآخر بالباء ، وإذا خفضنا بعاملين لم يجز أن ترجع الصفة الواحدة إليهما ، لا تقول : مررت بزيد وسعيت إلى عمرو الظريف ، وتريد الظريف[2] صفة لهما ، وإنما يكون صفة لعمرو خاصة .

ولأنه أحد وصفي علة تحريم التفاضل ، فكان له بانفراده تأثير في تحريم النساء ، أصله : المعنى المضموم إلى الجنس في المكيلات .

١١٠٧٣ – وإذا عللت للوجوب ، فقل : فوجب أن يحرم النَّساء من جنس ما يتعين[3] ، أو من غير جنس الأثمان .

١١٠٧٤ – فإن قيل : قولكم : أحد وصفي علة تحريم التفاضل ، إذا عنيتم الأكل ، فليس بوصف عندكم للعلة ، وإن عنيتم الكيل لم نسلمه .

١١٠٧٥ – قلنا : أجمعنا على أن تعليل الأصل بعلة[4] ذات وصفين : الجنس

---

(١) حديث سمرة ﷺ : أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في السنن « كتاب البيوع » ، « باب الحيوان بالحيوان نسيئة » (٢٤٦/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٥٢٩/٣) ، الحديث (١٢٣٧) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، « في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٣٩٢/٧) ، ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب الحيوان بالحيوان نسيئة » (٧٦٣/٢) ، الحديث (٢٢٧٠) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » ، في « من قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة » الحديث (١٧) ، والطحاوي في المعاني (٦٠/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » (٢٨٨/٥) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « حديث سمرة حديث حسن صحيح ، وسماع الحسن من سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني وغيره ، والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم » . راجع تخريجه أيضًا في « نصب الراية « باب السلم » (٤٨/٤) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٩٥/٧ ، ١٩٦) الحديث (١٣٥٧) ، كما سيأتي تخريجه من وجه ابن عباس ، وابن عمر ﷺ في مسألة (٦٦١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وشعيب إلى عمرو الظريف وزيد بالظريف] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [فعل فوجب أن تحرم] ، مكان : [فقل فوجب أن يحرم] ، وفي (ص) : [تعين] ، مكان : [يتعين] .

(٤) لفظ : [بعلة] ساقط من (م) ، (ع) .

أحدهما ، واختلفنا [١] في الوصف الآخر ، مع اتفاقنا على أنه لابد من وصف يضم إلى الجنس ، فنحن نشير إلى ذلك الوصف المجمع عليه في الجملة وإن اختلف في تعيينه .
وقد نص الشافعي على مثل هذا فقال في مسألتنا : « التقابض في الأعيان » ؛ لأنهما عينان [٢] جمعهما علة واحدة في تحريم التفاضل ، فلا يمكن تعيينها .

١١٠٧٦ - فإن قيل : الفرع يكون مثل الأصل أو أخص منه ، فأما أن يكون أعم منه فلا ، والمعنى المضموم إلى الجنس عندكم الوزن يحرِّمُ النَّسَاء في بعض المواضع ، والجنسُ في كل موضع ، فكيف يكون الفرع له عموم الأصل ، .

١١٠٧٧ - قلنا : نحن قسنا عليها ضم الجنس [٣] إلى الجنس في المكيلات ، فيستوي الفرع والأصل [٤] في العموم .

ثم هذا يقال [٥] إذا علق في العلة حكم معين ، فأما إذا عللنا للتأثير في الحكم بها فالذي وجب في الأصل التأثير واقتضى في الفرع مثله ، فيصير بمقتضى العلة في الفرع والأصل [٦] واحد ، وإذا ثبت التأثير وجب العموم [٧] بالإجماع .

١١٠٧٨ - فإن قيل : على [٨] علة الثانية أنه غير مؤثر في الأصل .

١١٠٧٩ - قلنا : ذكرناه في الحكم ، والتأثير يطلب [٩] أوصاف العلة لا حكمها .

١١٠٨٠ - فإن قيل : لا نسلم أن المعنى المضموم إلى الجنس يحرم النساء ؛ لأن علة تحريم النساء عندنا تحرم [١٠] التفاضل في كل واحد من العوضين .

١١٠٨١ - قلنا : هذا لا يمنع ما قلناه ؛ لأن الوصف المضموم إلى الجنس أثر في

---

(١) في (م) ، (ع) : [فاختلف] ، مكان : [واختلفنا] .
(٢) قوله : [لأنهما عينان] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [قسمنا عليها ضم] ، بحذف : [الجنس] ، وهو تصحيف ، ولفظ : [الجنس] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .
(٤) لفظ : [الأصل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) : [فعال] ، وفي (ع) : [مثال] ، مكان : [يقال] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأصل والفرع] بالتقديم والتأخير .
(٧) في (م) ، (ع) : [وجب ثبت العموم] ، بزيادة [ثبت] .
(٨) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (ع) : [بطلت] ، وفي (ص) ، (ع) بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(١٠) في (ص) : [تحريم] .

التحريم ، فلا يكون ما ذكرتموه معنى وإنما معاوضة .

ولأنه بيعُ جنسِه بجنسِه ، فيحْرُمُ فيه النَّساء ، كالبيض والرمَّان ، والسفرجل .

ولأن كل حكم تعلق بجنس وصفة ؛ فإن تأثير الجنس كتأثير الصفة أو آكد ، أصله : الأضحية .

١١٠٨٢ - ولأنه عقد يؤدي إلى أن يكون لبعض العوض بعينه من أحد الجنسين التأثير في الحكم دون البعض الآخر [1] ، فلا يكون كمن باع تفاحة بتفاحتين نساء .

١١٠٨٣ - يبين ذلك : أنه يبيع كُرَّي حُمُّصٍ بكُرٍّ [2] حُمُّصٍ نَسَاء فيرد عليه درهما فيكون كل العوض من الجنبة [3] الأخرى .

١١٠٨٤ - احتجوا : بما روي عن عبد الله بن عمرو ﷺ [4] « أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشًا فنفدت الإبل ، [قال] : فأمرني أن آخذ في قلاص [5] الصدقة وكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة [6] .

---

(١) في (ع) : [كذا الفرض في الأخرى ، فلا يكون] ، مكان : [كذا الغرض في الأخرى فلا يكون] ، وفي (ص) غير واضح مع حذف : [فلا يكون] ، وفي (م) ، (ع) : [في الأخرى فلا يكون] ، بزيادة : [فلا يكون] .

(٢) الكر : مكيال لأهل العراق ، وهو يعادل : ٧٢٠ صاع ، فهو عند الحنفية =٢٣٤٠ كجم ، وعند الجمهور= ١٤٦٨، كجم . انظر : المكاييل والموازين الشرعية للدكتور على جمعة محمد ص٦٥ ، الطبعة الأولى هـ ١٩٩٨/١٤١٩م .

(٣) في (م) . (ع) : [كحته] .

(٤) في جميع النسخ : [عبد الله عمر] ، وهو وهم ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) . وقلاص : جمع قلوص ، وهي الناقة الشابة ، وتجمع أيضًا على قلائص وقلص . راجع : المغرب . مادة « قلص » ص٣٩١ ، النهاية (١٠٠/٤) ، المصباح المنير (٤٨٨/٢) ، المعجم الوسيط (٧٦١/٢) .

(٦) حديث عبد الله بن عمرو ﷺ أخرجه أبو داود بمثل هذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرخصة في ذلك » (٢٤٦/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٠/٢) ، الحديث (٢٦٣) ، والطحاوي بزيادة في آخره « ثم نسخ ذلك » ، في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب استقراض الحيوان » (٦٠/٤) ، والحاكم بنحو لفظ المصنف ، وفي المستدرك « كتاب البيوع » (٥٦/٢ ، ٥٧) ، وأحمد بهذا المعنى في المسند ، في مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ » (١٧١/٢ ، ٢١٦) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٩/٣) ، الحديث (٢٦٢) . قال الحاكم بعد ما أخرجه : « هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه » ، وأقره الذهبي ، وقال الزيلعي نقلًا عن ابن القطان : « هذا حديث ضعيف ، مضطرب الإسناد » . راجع تخريجه أيضًا وكلام العلماء فيه ، في : نصب الراية « باب السلم » (٤٧/٣) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٩٣/٧-١٩٥) ، الحديث (١٣٥٦) ، إرواء الغليل (٢٠٥/٥ ، ٢٠٦) ، الحديث (١٣٥٨) .

١١٠٨٥ - الجواب : أنه يحتمل أن يكون أمره أن يستسلف من أرباب الأموال زكاة أموالهم ، فأخذ بعيرًا يصلح للحمل والقتال ببعيرين من أسنان الصدقات ، وإذا احتمل الخبر هذا سقط التعلق (١) به .

١١٠٨٦ - ويحتمل أن لا يكون أخذ ذلك من أهل الصدقات وإنما من أهل الحرب ، وعندنا الربا مع أهل الحرب جائز ، وقد كان النبي ﷺ يستعين بهم ويستعير منهم السلاح ، بدلالة : ما روي « أنه عليه [الصلاة و] السلام كتب إلى يهود بني قينقاع (٢) نحن وأنتم من أهل الكتاب ، فإما أن تعينونا على قتال أهل الشرك أو تعيرونا » (٣) .

١١٠٨٧ - وذلك يجوز أن يكون أمر بالابتياع منهم على طريق المعونة ، كما طلب منهم المعاونة ، ويحتمل أن يكون / هذا قبل تحريم الربا ثم نهى عليه [الصلاة و] السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٤) .

١٣٢/أ

ولأنه قد يكون ... (٥) أمر بابتياع ذلك ليكون دينًا عليه [أو على بيت المال ، ويجوز أن يثبت عندنا على بيت المال حقوق مجهولة (٦) ، كما يثبت له يبين (٧) ذلك : أنه : جعل الأصل إلى خروج المصدق ، وذلك فعل (٨) مجهول ، فدل على أن الحق يثبت (٩) في بيت المال .

١١٠٨٨ - ولا يقال : إن خروج المصدق (١٠) كان وقته معلومًا ؛ لأنه يجوز أن يتقدم أو يتأخر ، فلا يجوز أن يكون أجلًا وإن كان معلوم الوقت ، كالقطاف (١١) .

١١٠٨٩ - قالوا : « روي عن علي ﷺ : « أنه باع بعيرا له يدعى عُصَيفيرا بعشرين

---

(١) في (م) : [لتعلق] بدون الألف .
(٢) في (ع) : [قيقاع] وهو خطأ .
(٣) في (م) : [يعيرونا] .
(٤) في (م) : [نسيئة] ، وفي (ع) : [نسا] . راجع تخريج هذا الحديث في نفس المسألة .
(٥) في (ص) مكان النقط بياض ، والجملة قبل هذا البياض في سائر النسخ : [ولأنه علة لا على أن يكون] ، فحذفنا منها ما يثقل المعنى . ومعناه أنه بيع بثمن مؤجل .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في صلب (ص) : [يبني] ، مكان : [يبن] ، وفي (م) ، (ع) : [به يبن] ، مكان : [له يبن] .
(٨) في (م) ، (ع) : [الصدق] مكان : [المصدق] وفي هامش (ص) : [الأصل] ، مكان : [فعل] من نسخة أخرى .
(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [المصدوق] .
(١١) في (م) ، (ع) : [كالعطاء] ، مكان : [كالقطاف] . القطاف - بكسر القاف وفتحها - : أوان قطف الثمر . راجع : المغرب ص ٣٨٨ ، النهاية (٨٤/٤) ، لسان العرب (٣٦٨٠/٥) .

بعيرًا إلى أجل [١] » .

١١٠٩٠ - وعن ابن عمر ﵄ : « أنه باع بعيرًا بأربعة أبعرة مضمونة أسلمها بالربذة [٢] » .

١١٠٩١ - قلنا : يجوز أن يكون عليّ ﵁ باع [٣] في زمان النبي ﷺ قبل تحريم الربا .

١١٠٩٢ - وأما ابن عمر ﵄ فإنه ابتاع بعيرًا بأربعة أبعرة في الربذة ، فهذا بيع العين الغائبة [٤] وليس بَنَسأ ، وإنما ذكر « مضمونة » ؛ لأن من مذهب ابن عمر : أن المبيع لا يكون في ضمان البائع إلا بشرط ، فشرط الضمان [٥] لهذا .

١١٠٩٣ - على أنه روى عن ابن مسعود ، وابن عباس ، والحكم بن عمرو الغفاري ﵁ مثل قولنا [٦] .

---

(١) في جميع النسخ : [عصفين] ، مكان : [عصيفيرا] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وأثر علي ﵁ : « أخرجه مالك من طريق حسن بن محمد بن علي ، عن علي بهذا اللفظ في الموطأ كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض السلف فيه » (٦٥٢/٢) ، الأثر (٥٩) ، والشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٨/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب بيع الحيوان بالحيوان » (٢٢/٨) ، الأثر (١٤١٤٢) . قال الحافظ بن حجر بعدما ذكره : « وفيه انقطاع بين الحسن وعلي » ، وفي تلخيص الحبير « باب السلم » (٣٣/٣) ، ضمن الحديث (١٢٢٥) . راجع تخريجه أيضًا في إرواء الغليل (٢١٥/٥) ، الحديث (١٣٧٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أبعر] ، مكان : [أبعرة] ، [والربدة] ، مكان : [الربذة] . الرَّبَذة : وهي قرية من قرى المدينة على طريق الحجاز ، وبها قبر أبي ذر الغفاري ، وجماعة من الصحابة رضوان الله عليهم . راجع : المغرب ص١٨٠ ، الأنساب (٤١/٣) ، والمصباح المنير (٢٠٣/١) . وأثر ابن عمر ﵄ : رواه مالك عن نافع ، بلفظ : « أن عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه ، يوفيها صاحبها بالربذة » . في المصدر السابق ، الأثر (٦٠) ، والشافعي ، والبيهقي في نفس مصدريهما السابقين ، والبخاري معلقًا ، في الصحيح « كتاب االبيوع » ، « باب بيع العبيد والحيوان نسيئة » (٢٨/٢) . راجع تخريجه أيضًا في تلخيص الحبير ، نفس المصدر السابق .

(٣) لفظ : [باع] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبعر في الربدة] ، مكان : [أبعرة في الربذة] ، وفي (ع) : [فهو] ، مكان : [فهذا] ، وفي جميع النسخ : [الغاية] ، مكان : [الغائبة] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [بشرط الضمان] ، وفي (ع) : [بشر الضمان] بدون (ط) . ذكره التركماني مثل قول المصنف ، نقلًا عنه ، في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى (٢٨٨/٥) .

(٦) أثر ابن مسعود ﵁ : أخرجه ابن أبي شيبة من طريق قتادة ، عن ابن سيرين ، بلفظ : « أن عمر ، وحذيفة ، وابن مسعود كانوا يكرهون السلم في الحيوان » في المصنف « كتاب البيوع » في « من كرهه » (١٦٩/٥) ، الأثر (١) ، وسيأتي تخريجه « أيضًا مطولًا بهذا المعنى في مسألة (٦٦١) . وأثر ابن عباس ﵁ : أخرجه =

١١٠٩٤ - قالوا : عينان ليس في نقد كل واحد منهما الربا ، فدخول الأجل [١] فيما في الذمة منهما لا يمنع العقد ، كالهروي بالمروي [٢] .

١١٠٩٥ - أو عينان في نقد كل واحد منهما ربا ، وإذا جاز السلم فيهما جاز إسلام أحدهما في الآخر ، كالهروى بالمروى .

١١٠٩٦ - قلنا : الربا يتعلق بالوصفين ويحرم النساء بأحدهما ، فلم يجز أن يكون انتفاء الربا دالا [٣] على انتفاء النساء .

١١٠٩٧ - ولأن الهروي والمروي جنسان ؛ بدلالة : أن اختلاف الصنائع فيهما بجنسهما [٤] ، ولهذا قال أصحابنا : إذا باع ثوبًا على أنه مروى فوجده هرويًا [٥] بطل البيع .

١١٠٩٨ - ولأن السلم لا يجوز في ثياب القطن حتى يبين [٦] الهروي والمروي ، ولو كان جنسًا واحدًا اقتصر على ذكر صفة .

١١٠٩٩ - فإن قيل : أصلهما القطن .

١١١٠٠ - قلنا : لكن صار بالصنعة [٧] ثيابًا على صفة ؛ فلا يجوز أن يرجع أحدهما إلى الحالة الأولى ، فصار كالخزف [٨] ، والخشب ، والتمر ، وأصلهما : الشجر وإن كانا جنسين .

= محمد من طريق يحي بن أبي كثير اليمامي قال : حدثني رجل ، قال « قال رجل لابن عباس ﷺ وسأله عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، قال : لا يصلح تلك الرؤوس بالرؤوس نسيئة » ، في كتاب الحجة « باب ما يكره من بيع الرقيق والحيوان » (٤٩٣/٢-٤٩٥) . وأما أثر الحكم الغفاري فقد أخرجه ابن أبي شيبة من طريق حميد ، في المصنف « كتاب البيوع » في « من كرهه » (١٩٧/٥) ، الأثر (١٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [الأصل] ، مكان : [الأجل] .

(٢) أي كالثوب الهرَوى - بالتحريك- بالثوب المرْوى- بالسكون- نسبة إلى هراة ومرو.، وهما قريتان معروفتان بخراسان ، وقيل : هما على شط الفرات . راجع : المغرب ص ٥٠٢ ، الأنساب (٦٣٧/٥) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٣٧/٣) من الجزء الثاني ، المصباح المنير (٥٤٣/٢ ، ٦٠٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [حالًا] ، مكان : [دالًا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بجنسان] ، مكان المثبت .

(٥) في (ص) ، (ع) : [هروى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالصناعة] .

(٨) في (ص) : [كالحرف] ، والخزف ما عُمل من الطين وشُوي بالنار ، فصار فخّارًا ، واحدته : خزفة . راجع في : لسان العرب ، مادة « خزف » (١١٥١/٢) ، المصباح المنير (١٦٠/١) ، المعجم الوسيط (٢٣١/١) .

١١١٠١ - ولأن الهروي في المروي لا يؤدي إسلام أحدهما في الآخر إلى أن يصير الشيء بدلًا عن نفسه وعما ضم إليه في العقد . وإذا [1] جاز السلم في كل واحد منهما جاز أن يسلم أحدهما في الآخر ، وإلا كان سلم الهروي بالمروي يؤدي إلى ذلك ، فلم يصح السلم .

١١١٠٢ - قالوا : الأجل إذا تعلق بالذمة فيما لا ربا فيه لم يمنع صحة العقد ، كالكتان بالقطن .

١١١٠٣ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن المانع عندنا ليس هذا التأجيل ، وإنما المانع عندنا شرط العين في الذمة ، ألا ترى : أنه لو باع ثوبًا بثوب حالًّا وشرطه في الذمة بطل العقد، والمعنى في الأصل ما قدمنا .

١١١٠٤ - قالوا : كل بيع جاز في الهروي بالهروي جاز بالهروي ، كالنقد .

١١١٠٥ - قلنا : لا نسلم أن بيع أحدهما بالآخر نقدًا يجوز إذا شرط في الذمة .

١١١٠٦ - قالوا : أحد نوعي الربا ، فلا يعم جميع الأموال ، كتحريم التفاضل .

١١١٠٧ - قلنا : تحريم التفاضل أضيق ؛ لأنه يتعلق بوصفين ، وتحريم النساء أوسع ؛ لأنه يتعلق بأحدهما ، فلم يمنع أن يعم أحدهما الأموال ويختص الآخر ببعضها .

ولأن الربا معنى يفسد العقد ، والمعاني المفسدة للعقود تعم [2] أجناسها إذا وجد سببها ، فوجب أن يكون من الربا ما يعم الأموال حتى يلحق بسائر المعاني المفسدة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فإنما] ، مكان : [وإذا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يعم] .

مسألة ٥٧٩

ما يعتبر في المكيلات والموزونات المنصوص عليها

١١١٠٨ - قال أصحابنا : المكيلات المنصوص عليها : مكيلة أبدًا لا يجوز بيع بعضها ببعض إلا كيلًا ، والموزونات المنصوص عليها : موزونة أبدًا ، وما لم ينص على تحريم التفاضل فيه كيلًا ، ولا وزنًا : فالمرجع فيه إلى عادة الناس [١] .

١١١٠٩ - وقال الشافعي : المعتبر بعرف العادة بالحجاز على عهد الرسول ﷺ ، فما [٢] كان العادة فيه الكيل : لم يجز إلا كيلًا في سائر الدنيا [٣] ، وما كان العادة فيه الوزن : لم يجز إلا وزنًا في سائر الدنيا .

١١١١٠ - فأما ما ليس [له] [٤] هناك عرف ، أو حدث لشيء عرف بعد النبي ﷺ ، فعلى وجهين ، أحدهما : يرد إلى أقرب وزن الأشياء به شبهًا [٥] بالحجاز ، والوجه الثاني : أنه [٦] يعتبر حاله بالعرف فيه في موضعه [٧] .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (١٤/٧-١٦) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٥٥/٧ ، ٣٥٦) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٠/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٨٩/٤ ، ١٩٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عما] ، مكان : [فما] .

(٣) قوله : [في سائر الدنيا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الألسان بها] ، مكان : [الأشياء به شبهًا] .

(٦) لفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) قال الشافعي في الأم : « وأصله الوزن والكيل بالحجاز ، فكل ما وزن على عهد النبي ﷺ فأصله الوزن ، وكل ما كيل فأصله الكيل ، وما أحدث الناس منه مما يخالف ذلك رد إلى الأصل » ، قال الشيرازي في المهذب : « وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن نظرت ، فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن ؛ ولأنه لا يمكن غيره ، وإن كان مما يمكن كيله ، ففيه وجهان ، أحدهما : أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز ، فإن كان مكيلًا لم يجز بيعه إلا كيلًا ، وإن كان موزونًا لم يجز بيعه إلا موزونًا ... والثاني : أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع ؛ لأنه أقرب إليه » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع الآجال » ٧٠ (٨٠/٣) ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (٢٦٣/١٠-٢٧٧ ، ٢٨٢ وما بعدها) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٦٥/٤-١٦٨) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٣٢/٣) . وقد ذكر ابن هبيرة في الإفصاح عن مالك مثل قول الشافعي ، وبه قال أيضًا أحمد . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « باب الربا » (٣٢٨/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٢١/٤ ، ٢٢) ، الكافي « باب الربا » (٥٥/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (٣٨/٥ ، ٣٩) .

١١١١١ - لنا : حديث أنس ، وعروة ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : ما وزن مثل بمثل إذا كانا نوعًا واحدًا ، وما كيل مثل بمثل إذا كانا نوعا واحدًا (١) » ، ولم يفصل بين وزن (٢) الحجاز وغير الحجاز .

١١١١٢ - ولأن ما لم ينص على كونه موزونًا : جاز بيع بعضه ببعض كيلًا ، كالطعام ، والملح .

ولأن كل بقعة لا يعتبر عادة أهلها في غير زمن النبي ﷺ [لا تصير عادة أهلها في زمن النبي ﷺ] (٣) كسائر البقاع .

١١١١٣ - احتجوا : بما روى طاووس ، عن ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « المكيال مكيال المدينة ، والميزان ميزان مكة (٤) .

وقد روي : « الميزان ميزان المدينة ، والمكيال مكيال مكة (٥) » .

١١١١٤ - قلنا : الخبر متروك الظاهر ؛ لأن ظاهره يقتضي أن المكيال والميزان (٦) يختصان بهما ، وهذا غير مراد ، فاحتمل المكيال مكيالهم في هذين : الصاع (٧) في الكفارات ، والميزان ميزانهم في نصاب الزكاة واحتمل غيره ، فسقط التعلق به .

* * *

---

(١) تقدم تخريج هذا الحديث من وجه أنس ، وعبادة ﷺ ، بلفظ : « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا ، وما كيل فمثل ذلك ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » في مسألة (٥٧٦) ، ولم نقف عليه من جهة عروة بعد ، ولعل لفظ : [عروة] محرف عن [عبادة] من قبل النساخ .

(٢) لفظ : [وزن] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) حديث ابن عمر ﷺ أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال « باب الصاع الذي تعرف به صدقة الأرضين » ص٤٦٣ ، الحديث (١٦٠٦) ، وأبو داود في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب في قول النبي ﷺ : المكيال مكيال المدينة » (٢٤١/٢) ، والطحاوي في المشكل ، « باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ من قوله : الوزن وزن أهل مكة ... (٩٩/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب أصل الوزن والكيل بالحجاز » (٣١/٦) .

(٥) أخرجه أبو عبيد والبيهقي من طريق حنظلة وعزاه الهيثمي إلى البزار من حديث ابن عباس بمثل لفظ البيهقي ، وقال : « رجاله رجال الصحيح » وفي مجمع الزوائد « كتاب البيوع » ، « باب في الكيل والوزن » (٧٨/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الميزان والمكيال] بالتقديم والتأخير .

(٧) قوله : [هذين] أي هذين الحديثين ، وفي جميع النسخ : [الصياع] ، مكان : [الصاع] ، والصواب ما أثبتناه .



مسألة ٥٨٠

حكم بيع الحنطة بالدقيق

١١١١٥ – قال أصحابنا : لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق [١] .

١١١١٦ – ونص الشافعي : على أنه لا يجوز .

١١١١٧ – وحكى الكرابيسي [٢] قال : قال أبو عبد الله يجوز .

١١١١٨ – فمن أصحابه [٣] من قال هذا ليس قوله ، وإنما حكاه عن مالك أو أحمد [٤] ؛ لأن كل واحد منهما أبو عبد الله [٥] ، ومن أصحابه من قال : إن هذا قول له آخر [٦] .

---

(١) راجع المسألة في : كتاب الحجة « باب الرجل يشتري الحنطة بالدقيق » (٦٢٤/٢-٦٢٦) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » (١٨٧/٥-١٨٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٢٣/٧) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٦٤/٧ ، ٣٦٥) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٢/٢ ، ٨٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٥/٤) .

(٢) تقدمت ترجمته في مسألة (٥٥٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أصحاب الشافعي] ، مكان : [أصحابه] .

(٤) في (ع) : [مالك وأحمد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قال أبو عبد الله] ، بزيادة [قال] .

(٦) قال الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلًا ؛ لأن الدقيق هو الحب بعينه ، وإنما فرقت أجزاؤه ، فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة ، فأما بيعه متماثلًا فالمنصوص : أنه لا يجوز ، وقال الكرابيسي : قال : أبو عبد الله : يجوز ، فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولًا آخر ، وقال أكثر أصحابنا : لا يجوز قولًا واحدًا ، ولعل الكرابيسي أراد أبا عبد الله مالكًا أو أحمد ، فإن عندهما يجوز ذلك » . راجع المسألة في : مختصر البويطي ، ورقة (٣٨ب) ، مختصر المزني « باب الربا وما لا يجوز بعضه ببعض متفاضلًا ولا مؤجلًا والصرف » ص ٧٧ ، المجموع مع المهذب « باب الربا » (١٠٩/١١- ١١٧) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٨٢/٤) . فتح العزيز « الباب الثاني في الفساد من جهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٠/٨ ، ١٨١) ، المنتقى مع الموطأ ، في « بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما » (٦/٥ ، ١١) ، التفريع « كتاب البيوع » (١٢٨/٢) ، الفصل (٧٣٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٥١/٢) ، بداية المجتهد « الباب الثاني في بيوع الربا » (١٤٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الرابع في الربا في الطعام » ص٢٥٧ ، حاشية البناني بهامش شرح الزرقاني (٧٢/٥) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٢٠/١ ، ٣٢١) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٦١/٢) ، الإنصاف ، « باب الربا والصرف » (٢٥/٥) .

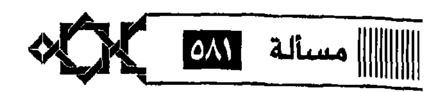
١١١١٩ - لنا : أن الحنطة والدقيق جنس واحد ، بدلالة : امتناع التفاضل فيهما ، وإذا ثبت أنهما [١] جنس واحد ، والدقيق معقود عليه في أحد الجنسين وفي الآخر [٢] في وعاء إذا طحن زاد ، فصار كمن باع دقيقًا بدقيق [٣] في وعاء .

ولا يلزم إذا باع حنطة بحنطة ؛ لأن الدقيق غير [٤] معقود عليه ، فاعتبرت المماثلة في الحنطة دون دقيقها .

ولأن الشافعي يعتبر المساواة في حال الادخار ، والدقيق لا يساوي الحنطة في [٥] حال الادخار ، فصار كالصحيحة بالمكسرة ، وهناك [٦] التساوي يكون قدرًا هو المعتبر ، فالتساوي ها هنا اعتبر بالكيل وهما غير [٧] متساويين ؛ لأن الحنطة إذا طحنت زاد على كيل الدقيق ، فلذلك لم يجز .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [التفاضل بينهما وإذا ثبت لهما] ، مكان المثبت .
(٢) كذا في جميع النسخ ، لعل الصواب : [والآخر] ، بحذف [في] .
(٣) لفظ : [بدقيق] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) حرف [في] موجود في (ص) وحدها .
(٦) في (م) ، (ع) : [هناك] بدون الواو .
(٧) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .


مسألة ٥٨١

بيع الدقيق بالدقيق

١١١٢٠ - قال أصحابنا : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة من النعومة (١) .

١١١٢١ - وقال الشافعي في القديم ، والجديد : لا يجوز .

ونقل البويطي والمزني قولًا آخر عنه : أنه يجوز (٢) .

١١١٢٢ - لنا ما روى أن النبي ﷺ قال : « الطعام بالطعام مثلًا بمثل » (٣) ، واسم الطعام يتناول الدقيق باتفاق .

---

(١) في جميع النسخ : « المنعوضة » ، والصواب ما أثبتناه . قال المرغيناني في الهداية : « يجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويًا كيلًا ، وقال ابن الهمام في الفتح : « وفي الذخيرة عن الإمام الفضلي : إنما يجوز إذا تساويا كيلًا كانا أو مكبوسين ، وهو حسن » ، ثم قال « وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنًا روايتان ، وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع ، فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنًا لا يجوز ، وفيها أيضًا : سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق ، وكذا بيع النخالة بالنخالة ، وفي شرح أبي نصر : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة من النعومة ، والذي في الخلاصة أحسن لإهدار ذلك القدر من زيادة النعومة » . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٣/١) ، المسألة (٢١٩٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب الربا » (٢٣/٧ ، ٢٤) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٦٥/٧ ، ٣٦٦) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨١/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٥/٤) .

(٢) قال ابن السبكي في المجموع : « المراد ههنا إذا كان الدقيقان من جنس واحد ، كدقيق القمح بدقيق القمح ، ودقيق الشعير بدقيق الشعير ، فبيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز ، سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعمًا والآخر خشنًا ، قال الشيخ أبو حامد : هذا الذي نص عليه في الجديد والقديم ، وكذلك قال ابن الصباغ ، وهذا هو المذهب » ، ثم قال : « وقد أجاز الروياني في الحلية جواز بيع الدقيق بالدقيق إذا استويا في النعومة ، ونقله عن بعض أصحابنا ، وقال : إنه القياس » . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب بيع العرايا » (١١٧/١١- ١١٩) ، النكت في « مسائل الربا » ، ورقة (١٣٤أ) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٨٣/٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٨٠/٨ ، ١٨١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الرابع في « الربا في الطعام » ص٢٥٧ ، الإفصاح « باب الربا » (٣٣٢/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٢٩/٤ ، ٣٠) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٦١/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف» (٢٦/٥-٢٧) .

(٣) تقدم تخريجه من حديث معمر بن عبد الله ﷺ بهذا اللفظ ، في مسألة (٥٧٦) .

ولأنها عين [يجوز بيعها بغير [1] جنسها ، فجاز بيعها بجنسها ، كالموزونات في الخضر .

ولأن كل عين] جاز بيع [2] بعضها ببعض قبل تفرق أجزائها جاز بعد تفرقها ، أصله : الحيوان [3] .

ولأنها عين جاز بيعها بالدراهم ، فجاز بالدقيق ، أصله : الرمان ، والبطيخ .

١١١٢٣ - ولا يلزم الحنطة ؛ لأنه يجوز بيعها بالدقيق إذا كان مع الدقيق غيره .

١١١٢٤ - احتجوا بأنه قوت زال عن حكم كمال البقاء بصنعة آدمي ؛ فلم يجز بيع بعضه ببعض ؛ أصله : الناعم بالخشن .

١١١٢٥ - قلنا : لا نسلم أنه زال عن حال بقاء أصله وهو لا يمنع ، كاللحم باللحم .

ولأن الناعم بالخشن يفقد المماثلة فيهما حالة [4] العقد ؛ لأن الخشن لو أعيد الطحن عليه لزاد ، وهذا لا يوجد في الناعمين .

١١١٢٦ - قالوا : بيع الدقيق بالدقيق يؤدي إلى التفاضل حال كونهما كذلك ؛ لأن دقيق الحنطة الثقيلة أكثر [5] من دقيق الحنطة الخفيفة ، فكأنه باع حنطة بحنطة [6] متفاضلة ويجزيه عدم التساوي كيلًا حال كونهما كذلك ؛ فوجب أن يبطل العقد .

١١١٢٧ - واعتبر الشافعي في الرطب بالتمر التساوي في الباقي [7] ، وأما التساوي فيما مضى ؛ فلم يعتبره أحد .

---

(١) لفظ : [بغير] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (م) : [ولأنها عين جاز بيع بعضها ببعض قبل يجوز بيعها بغير] ، بالزيادة مكان المثبت .

(٢) في (ص) ، (م) : [الحصر] مكان : [الخضر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، وما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ولفظ : [بيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في جميع النسخ : [الملوحة] ، ولعل الصواب : [الحيوان] ؛ لأنه يجوز بيعه قبل تفرق الأجزاء وبعده ، وهو ما أثبتناه . ويؤيد هذا قول الشيرازي في النكت ، حيث قال في سرد دليل الحنفية : « قالوا : ما جاز بيعه به قبل تفرق الأجزاء جاز بعده ، كالحيوان » .

(٤) في (ع) : [تفقد المماثلة فيهما حال] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [البر] ، مكان : [أكثر] وهو خطأ .

(٦) لفظ : [الخفيفة] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [بحنطة] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الثاني] مكان : [الباقي] .

ولأن هذا يبطل بخل [1] العنب ، قال الشافعي : يجوز مثلًا بمثل ، ونحن نعلم أنا إذا رددناهما إلى العنب كان أحدهما أكثر من الآخر ؛ لأن العصير من بعض العنب قد يكون [2] أكثر من بعض ، ثم لا يجري مجرى بيع العنب بالعنب متفاضلًا .

١١١٢٨ - فإن قيل : السنة دلت على اعتبار التساوي حالة الادخار .

١١١٢٩ - قلنا : لا نسلم هذا ونحن نبينه في موضعه ، ثم الرطب بالتمر اعتبر فيه النقصان عن كمال موجود .

١١١٣٠ - قالوا : فأنتم لم تعتبروا [3] التساوي حال العقد في الحنطة بدقيقها .

١١١٣١ - قلنا : وما اعتبرنا إلا [4] حالة العقد ؛ لأن العقد لم يتناول الدقيق ، وهذا موجود في ، الجنبة الأخرى اعتبر فيهما [5] في الحال ، والتساوي لا يعلم فبطل العقد .

* * *

(١) في (ص) : [ولأنها] ، مكان : [ولأن هذا] ، وفي (م) ، (ع) : [بحال] ، مكان : [بخل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ويكون] ، مكان : [قد يكون] .

(٣) في (ع) : [لا تعتبروا] .

(٤) لفظ : [إلا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [في الجنسية الأخرى اعتبر بينهما] ، مكان المثبت .



مسألة ٥٨٢

بيع خل التمر وخل الدقل ببعضهما متفاضلًا

١١١٣٢ - قال أصحابنا : خل التمر وخل الدَّقل [1] جنسان يباع أحدهما [بالآخر] متفاضلًا [2] .

وحكوا عن الشافعي : أنهما جنس واحد [3] ، وأنكر أصحابه ذلك ، وقالوا بمثل قولنا .

١١١٣٣ - وإطلاقه في مسألة أخرى عندنا : يجوز بيع [4] خل الدقل بجنسه وخل الزبيب بجنسه .

١١١٣٤ - وقال الشافعي : يجوز بيع خل التمر بجنسه ، ولا يجوز بيع خل الدقل والزبيب بجنسه بوجه من الوجوه ، وخل التمر بخل الزبيب فيه وجهان [5] / . ١٣٢/ا

(١) الدَّقَل : بفتحتين ، نوع من أردأ التمر ، واحدته : دقلة . وقال ابن الأثير : « هو رديء التمر ويابسه ، وما ليس له اسم خاص فتراه ليبسه ورداءته لا يجتمع و يكون منثورًا » . قال ابن منظور : « وقيل : الدقل جنس من النخل الخصاب ... الدقل من النخل يقال لها : الألوان واحدها لون ، قال الأزهري : وتمر الدقل رديء إلا أن الدقل يتنوع ؛ فمنه ما يكون تمره أحمر ، ومنه ما تمره أسود كبير وتمره صغير ونواه كبير » . راجع في : المغرب ص١٦٦ ، والنهاية (١٢٧/٢) ، لسان العرب مادة « دقل » (١٤٠٢/٢) ، المصباح المنير (١٨٦/١) ، مختار الصحاح ص٢٠٨ .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [واحدة] .

(٤) لفظ : [بيع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع الآجال » (٨١/٣) ، المهذب مع المجموع ، « باب بيع العرايا » (١٤٢/١١ وما بعدها) ، فتح العزيز ، « الباب الثاني في الفساد من حصة الربا » بذيل المجموع (١٨٢/٨) ، نهاية المحتاج مع حاشية أبي الضياء « باب الربا » (٤٣٨/٣) . قال ابن عبد البر في الكافي : « والخل كله صنف واحد عند مالك ، خل العنب ، وخل التمر ، وخل العسل ، لا يجوز بيع بعض ذلك ببعض عنده إلا يدًا بيد مثلًا بمثل » . راجع المسألة في : المدونة « كتاب السلم الثالث » ، في « ما جاء في الخل بالخل » (١٧٦/٣) ، المنتقى « في بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما » (٥/٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٥٠/٢) ، شرح الزرقاني (٦٥/٥) . وقال ابن قدامة في المغني : « فإن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين ، فهما جنسان ، كالأدقة (جمع دقيق) ، والأخباز ، والخلول ، والأدهان وعصير الأشياء المختلفة ، كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها . وحكي عن أحمد : أن خل التمر وخل العنب جنس ... وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس وإن اختلفت =

١١١٣٥ - لنا [١] قوله عليه [الصلاة و] السلام : « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا » [٢] .

ولأنه جنس يجوز بيعه ، فجاز بيعه بجنسه ، أصله : سائر الأجناس .

ولأنه نوع ؛ فجاز بيعه بجنسه ، كخل العنب .

١١١٣٦ - احتجوا : بأنه تمر بتمر [٣] متفاضلًا ، وماء بماء متفاضلًا .

١١١٣٧ - فإن قالوا [٤] : في الماء الربا لم يجز لوجهين ، وإن قالوا : لا ربا في الماء لم يجز لوجه واحد ، وهذا غلط ؛ لأن الخل المعمول من تمر واحد لا يتفاضل في التمييز ، فلا يجوز عندهم .

١١١٣٨ - ولأنه ينقل عن حال التمييز ، فلا معنى لاعتبار التفاضل فيه ، كما أن خل العنب بخل العنب لا يعتبر فيه التفاضل في العنب ؛ لأنه انتقل عنه .

* * *

= مقاصدهما » ، ثم قال : « ويجوز بيع القطارة والدبس والخل ، كل نوع بعضه ببعض متساويًا ، قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل : يجوز بيع بعضه ببعض متساويًا . . . ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض ، كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض » . راجع تفصيل المسألة في : المغني « باب الربا والصرف » (٢٤/٤ ، ٢٥ ، ٢٧) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٥٦/٢ ، ٥٧) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (١٧/٥ ، ١٨) .

(١) في (م) ، (ع) : [أما] ، مكان : [لنا] .

(٢) في جميع النسخ : [مثلًا] ، مكان : [مثل] ، والمثبت من سنن الدارقطني ، وهذا جزء من حديث أنس وعبادة ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٦) .

(٣) لفظ : [بتمر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قيل] ، مكان : [قالوا] .


مسألة ٥٨٣

اللحوم أجناس مختلفة

١١١٣٩ - قال أصحابنا : اللحوم أجناس ، يجوز بيع لحم الغنم بلحم الجمل متفاضلًا ، وكذلك الألبان [١] .

١١١٤٠ - ونص الشافعي في اللحم [٢] على قولين ، أحدهما : أنها أجناس ، والآخر : أنها جنس واحد .

ونص في الألبان على قول واحد : أنها جنس واحد .

١١١٤١ - وأصحابه قالوا : لا فرق بينهما [٣] ، فجعلوا الألبان كاللُّحْمان [٤] على

(١) راجع تفصيل المسألة في : كتاب الحجة ، « باب بيع اللحم باللحم » (٦٤٠/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٨٩/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣٤/٧ ، ٣٥) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٧٨/٧ ، ٣٧٩) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٣/٤) .

(٢) قوله : [في اللحم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) قد صرح القفال والرافعي وغيرهما بأن أصح القولين في اللحمان : أنها أجناس مختلفة ، وهو اختيار المزني . قال الشيرازي في المهذب : « وأما الألبان ففيها طريقان ، من أصحابنا من قال : هي كاللحمان وفيها قولان ، ومنهم من قال : الألبان أجناس قولًا واحدًا » ، ثم قال : « والصحيح أنها كاللحمان » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب ما جاء في بيع اللحم » ، و « باب ما يكون رطبًا أبدًا » وباب « بيع الآجال » (٢٦/٣ ، ٢٧ ، ٨٠) ، مختصر المزني « باب الربا ما لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلًا » ، وباب بيع اللحم باللحم » ص٧٧ ، ٧٨ ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (١٩٢/١٠ ، ٢٠٣ ، ٢٢٣ ، ٢٢٥) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٦١/٤-١٦٣) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في الفساد من جهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٥/٨ ، ١٨٧) ، نهاية المجتهد باب الربا » (٤٣٢/٣) . راجع تفصيل المسألة في : المدونة « كتاب السلم الثالث » ، « في اللبن المضروب بالحليب » (١٧٥/٣) ، التفريع « كتاب البيوع » (١٢٦/٢ ، ١٢٧) ، الفصل (٧٣٢ ، ٧٣٤) ، المنتقى في « بيع اللحم باللحم » (٢٦/٥) ، الرسالة الفقهية « باب في البيوع » ص٢١١ ، الكافي لابن عبد البر ، « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٥٠/٢) ، بداية المجتهد ، « الباب الثاني » ، « في بيع الربا » (١٤٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الرابع في الربا في الطعام » ص ٢٥٦ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٢٤/١ ، ٣٢٥) ، المسألة (١٥) ، الإفصاح « باب الربا ») (٣٣٤/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٣٢/٤ ، ٣٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٥٧/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (١٨/٥ ، ١٩) .

(٤) اللُّحْمان - بضم اللام وسكون الحاء - : جمع اللحم ، ويجمع أيضًا على أَلْحُم ، ولحوم ، ولحام . انظر : =

قولين إلا أن أصولها أجناس مختلفة ، فوجب أن تكون أجناسًا ، كالأدقة [١] .

١١١٤٢ - ولأنها فروع خرجت من أجناس من حيوان ، فوجب أن تكون أجناسًا كالأولاد .

وإذ ثبت أنها أجناس جاز بيع بعضها ببعض متفاضلًا ، لقوله عليه [الصلاة و] السلام : « وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » [٢] .

ولأن التفاضل يجوز في أصولها ، فجاز فيها كالأدقة .

ولأنه نوع مطعوم ؛ فجاز بيعه بشيء منه متفاضلًا ، [أصله : سائر المطعومات] [٣] .

١١١٤٣ - احتجوا : بأنه شمله اسم خاص حين حدوث الربا فيه ، فكان صنفًا واحدًا ، كالتمور .

١١١٤٤ - قلنا : يبطل بالفاكهة والأدوية .

١١١٤٥ - فإن قيل : ذاك اسم عام .

١١١٤٦ - قلنا : وكذلك اللحم يشتمل على أجناس مختلفة ، فهذا عام من هذا الوجه خاص بالإضافة إلى غيره ، كقولنا : « حيوان » اسم خاص بالإضافة إلى غيره عام من اشتماله على أجناس مختلفة .

١١١٤٧ - ولأن الاسم الخاص إذا دل على الجنس الواحد فلا فرق بين أن يسمى به حال حدوث الربا أو بعد حدوثه ، فهذا الوصف لا معنى له ، ثم التمور أصلها جنس واحد ؛ فكان [٤] في حكم أصولها ، واللُّحمان خرجت من أجناس مختلفة .

١١١٤٨ - ولا يلزم المولود [٥] ؛ لأنه لم يخرج إلا من جنس واحد وهو الأم .

= لسان العرب (٤٠١٠/٥) ، المصباح المنير (٥٢٣/٢) .

(١) في (م) : [يكون] ، مكان : [تكون] ، والأدِقَّة : جمع الدقيق ، وهو الطحين ، وتجمع أيضًا على أدقاء ، ودقاق ، ودقائق . انظر : المصباح المنير (١٨٦/١) ، المعجم الوسيط (٢٩٠/١) .

(٢) قال الزيلعي بعد أن ذكر الحديث بهذا اللفظ : « غريب بهذا اللفظ ، في نصب الراية « كتاب البيوع » (٤/٤) ، وقال ابن حجر : « لم أجده بهذا اللفظ » ، في الدراية « كتاب البيوع » (١٤٧/٢) ، الحديث (٧٦٣) . وقد تقدم تخريجه من حديث عبادة بن الصامت ﷺ ، بلفظ : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد » ، في مسألة (٥٧٦) ، ومن حديث أنس وعبادة ﷺ ، بلفظ : « فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » ، في مسألة (٥٧٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) ، (م) : [فكأن] ، مكان : [فكأنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المولد] .

مسألة ٥٨٤

بيع الرطب بالتمر

١١١٤٩ - قال أبو حنيفة : يجوز بيع الرطب بالتمر [1] متساويًا كيلًا .

١١١٥٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز [2] ، وبه قال الشافعي [3] .

١١١٥١ - لنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام « ما وزن مثل [4] بمثل إذا كان نوعًا واحدًا ، وما كيل مثل [5] بمثل إذا كان نوعًا واحدًا » [6] .

١١١٥٢ - والتمر والرطب نوع واحد ، بدلالة : امتناع بيعه متفاضلًا .

١١١٥٣ - ولأنه جنسه [7] إلا أنه اختص باسم لكونه على صفة ، كما أن الصبي

---

(١) الرُّطب : « نضيج البُسر قبل أن يصير تمرًا ، وذلك إذا لان وحلا ، أو ثمر النخيل إذا أدرك ونضج قبل أن يصير تمرًا ، والجمع أرطاب ورطاب ، والواحدة : رُطَبة . (والبسر : تمر النخل قبل أن يُرْطب) . راجع : المغرب ص١٩٠ ، لسان العرب ، مادة : [رطَب] (١٦٦٥/٣) ، المصباح المنير (٢١٧/١) ، المعجم الوسيط ، مادة : [رطب] و[بسر] (٥٥/١ ، ٣٥٢) . التمر : اليابس من ثمر النخل ، كالزبيب من العنب ، اسم جنس ، والواحدة : تمرة ، والجمع : تُمور، وتُمْران . قال الفيومي : « والتمر يذكر في لغة ويؤنث في لغة ، فيقال : هو التمر ، وهي التمر » . راجع : المغرب ص٦١ ، لسان العرب ، مادة « تمر » (٤٤٥/١) ، المصباح المنير (٧٥/١) ، المعجم الوسيط (٨٨/١) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٧ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٣/١) ، المسألة (٢١٩٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٠٦-٣٠٩ ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » (١٨٨/٥) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٢٩٠-٢٩٢ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب الربا » (٢٧/٧-٣٠) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٦٩/٧- ٣٧٢) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨١/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٣/٤) .

(٣) راجع المسألة في : الأم « باب الرطب بالتمر » (٢٤/٣ ، ٢٥) ، مختصر المزني « باب الربا وما لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلًا » ص٧٧ ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (٤١٩/١٠-٤٣٢) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٧٢/٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في الفساد من جهة الربا » ، بذيل المجموع (١٧٨/٨ ، ١٧٩) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٣٥/٣ ، ٤٣٦) .

(٤ ، ٥) في (م) ، (ع) : [مثلًا] .

(٦) تقدم تخريجه من حديث أنس وعبادة ﵄ ، بلفظ : « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا ، وما كيل فمثل ذلك ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » ، في مسألة (٥٧٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [جنس] بدون الهاء .

من جنس الرجال وإن سمي باسم لمخالفته الرجال في حاله .

ولأن المماثلة من طريق الكيل وجدت فيما هو من جنس التمر ، كالجديد بالعتيق ، والبَرْني بالمعقلي [1] .

١١١٥٤ - ولأنه إما أن يكون جنسًا واحدًا داخلًا [2] في عموم قوله [عليه الصلاة والسلام] : « التمر بالتمر » [3] ، فإن كانا [4] جنسين دخلا في عموم قوله [عليه الصلاة والسلام] : « وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم [5] » .

١١١٥٥ - قلت : وإن كان [6] نوعًا واحدًا فأنواع التمر ، فيجوز بيع بعضها ببعض ، وإن كانا نوعين ، فهو أولى .

١١١٥٦ - ولا يلزم الحنطة بالدقيق والمقلوة بغيرها [7] ؛ لأنا تعلقنا في الأول بعموم خبرين ، فما قالوه خرج من العموم بدليل .

١١١٥٧ - والطريقة الثانية : قلنا : أنواع التمر يجوز بيع بعضها ببعض ، فلا يلزمنا أنواع الحنطة .

ولا يلزم من طريق المعنى ؛ لأن الحنطة والدقيق يتفاضلان حال العقد كيلًا ؛ لأن الزيادة التي تظهر [8] بطحن الحنطة كانت موجودة حال [9] العقد وليس في مقابلتها مثلها .

١١١٥٨ - وأما الرطب والرطوبة التي فيه مال مقصود ، فالعقد يصح أداء

---

(١) في جميع النسخ : [العقلي] ، والصواب ما أثبتناه . البَرْني - بفتح الباء وسكون الراء - : نوع من أجود التمر ، واحدته : برنية ، قال أبو حنيفة : أصله فارسي ، قال : إنما هو بارني ، « فالبار » الحمل « وني » تعظيم ومبالغة . راجع : المغرب ص٤٢ ، تهذيب الأسماء واللغات (٢٦/٣) من الجزء الأول ، لسان العرب ، مادة : « برن » (٢٧٠/١) ، المصباح المنير (٤٦/١) . والمَعْقِلي : نوع من الرطب ، ينسب إلى مَعْقِل بن يسار من الصحابة ﷺ . انظر : مختار الصحاح ص٤٤٧ .

(٢) في (ص) : [دخلًا] .

(٣) هذا جزء من حديث عبادة بن الصامت ، ومن حديث أبي سعيد الخدري ﷺ اللذين تقدم تخريجهما في مسألة (٥٧٦) .

(٤) في (ص) : [كان] .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٨٣) .

(٦) في (م) : [كانا] .

(٧) أي الحنطة المقلوة بغير المقلوة ، وفي (م) ، (ع) : [المعلوة] ، مكان : [المقلوة] .

(٨) في (م) : [يظهر] .

(٩) في (م) ، (ع) : [حالة] .

العوض عنه .

ولأن ما جاز بيعه بالدراهم جاز بالرطب ، كالعنب .

١١١٥٩ - ولأنهما عينان باقيتان على أصل خلقتهما يجوز بيع كل واحد منهما ، فجاز بيع إحداهما [1] [بالأخرى . أصله : سائر الأعيان ؛ لأن الاختلاف بين التمر والرطب يرتفع من غير كلفة وعلاج ، فجاز بيع أحدهما] [2] بالآخر : الجديد والعتيق [3] .

١١١٦٠ - فإن قيل : المعنى في الجديد ، والعتيق : أن التفاوت بينهما يعرف .

١١١٦١ - قلنا : التفاضل الممنوع منه لأجل الزيادة يستوي قليله وكثيره .

ولأن ما جاز بيعه بالرطب من الجذاذ [4] ؛ جاز بيعه به بعده ، كالعنب .

١١١٦٢ - احتجوا : بما روي عن مالك ، عن عبد الله بن يزيد ، أن زيدًا أبا عياش أخبره [5] : أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت [6] ، فقال له سعد : أيهما أفضل ؟ فقال : البيضاء ، فنهاه عن ذلك ، وقال : « سمعت رسول الله ﷺ سئل عن شراء الرطب بالتمر ؟ ، فقال رسول الله ﷺ : أينقص الرطب إذا يبس ؟ ، قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » [7] .

---

(١) في (ص) : [أحديهما] ، وفي (م) : [كل واحدهما] ، مكان : [إحداهما] ، والصواب ما أثبتناه ، وقوله : [فجاز بيع إحداهما] ساقط من (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) أي من التمر .

(٤) الجذاذ - بضم الجيم وكسرها - المقطع أو المكسر وفي القرآن الكريم : ﴿ فَجَعَلَهُمْ جُذَاذًا إِلَّا كَبِيرًا ﴾ سورة الأنبياء ، الآية (٥٨) . راجع : لسان العرب مادة : « جذذ » (٥٧٤/١) ، المعجم الوسيط (١١٢/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [احتجوا إنما روى ذلك عن مالك عن عبد الله بن يزيد بن أبي زيد أن العباس أخبره] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالسلب] ، وهو خطأ . قال الخطابي : [البيضاء نوع من البر ، أبيض اللون ، وفيه رخاوة يكون ببلاد مصر ، والسلت : نوع غير البر وهو أدق حبًا منه] . وقال ابن الأثير : [السلت : ضرب من الشعير أبيض لا قشر له ، وقيل : هو نوع من الحنطة ، والأول أصح ؛ لأن البيضاء الحنطة] . وقال الأزهري : [السلت حب بين الحنطة والشعير ، ولا قشر له كقشر الشعير ، فهو كالحنطة في ملامسته ، وكالشعير في طبعه وبرودته] . راجع : معالم السنن « باب بيع الثمر بالتمر » (٧٦/٣) ، النهاية « باب السين مع اللام » (٣٨٨/٢) ، المصباح المنير ، مادة : « سلت » (٢٦٧/١) .

(٧) في جميع النسخ : [قال : نعم] والمثبت من كتب الحديث . هذا الحديث : أخرجه مالك بهذا الإسناد باختلاف يسير في اللفظ ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما يكره من بيع التمر » (٦٢٤/٢) ، الحديث (٢٢) ، وأبو داود من طريق مالك نحو ، وفي السنن « كتاب البيوع » ، « باب في التمر بالتمر » (٢٤٦/٢ ، =

١١١٦٣ - الجواب : أن هذا [الخبر] رواه أبو عياش ، قال أبو حنيفة : لا أقبل خبره [١] ، وصاحب المقالة إذا لم يغلب في [٢] ظنه عدالة الراوي لم يلزمه قبول خبره .

١١١٦٤ - وقد صوب هذا الطعن عبد الله بن المبارك [٣] ، فقال كيف يقال : إن أبا

= ٢٤٧) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة » (٥١٩/٣) ، الحديث (١٢٢٥) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب بيع الرطب بالتمر » (٧٦١/٢) الحديث ٢٢٦٤) ، والشافعي في المسند ، « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٩/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤٩/٣) الحديث (٢٠٥) ، البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن بيع الرطب بالتمر » (٢٩٤/٥) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « هذا حديث حسن صحيح » ، وقال الحاكم : « هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس ، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث ، إذ لم يوجد في روايته إلا الصحيح ، خصوصًا في حديث أهل المدينة ، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد ، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد بن أبي عياش » ، وقال ابن حزم في المحلى (٣٩٩/٧) معلقًا على هذا الحديث : « فإن مالكًا ، وإسماعيل بن أمية روياه عن عبد الله بن يزيد ، عن زيد بن أبي عياش ، عن سعد ، وقال مالك مرة زيد بن أبي عياش مولى بني زهرة ، وهو رجل مجهول لا يدري من هو » ، قال بن التركماني « وفي تهذيب الآثار للطبري علل الخبر بأن زيدًا انفرد به ، وهو غير معروف في نقله العلم » ، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير : « وقد أعله جماعة منهم : الطحاوي ، والطبري ، وأبو محمد بن حزم ، وعبد الحق ، كلهم أعله بجهالة حال زيد بن أبي عياش » ، وقال الزيلعي : قال صاحب التنقيح : زيد بن عياش أبو عياش الزرقي ، ويقال : المخزومي ، ويقال : مولى بني زهرة المدني ، ليس به بأس » وقال الحافظ عنه في التقريب « صدوق من الثالثة » . راجع تخريجه والكلام عليه في : نصب الراية (٤٠/٤-٤٢) ، تلخيص الحبير (٩/٣ ، ١٠) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٢١٠/٧) ، الجوهر النقي بذيل السنن الكبرى للبيهقي (٥٩٥/٥) . وانظر ترجمة ابن أبي عياش في : المغني للذهبي (٢٤٧/١) ، تقرير التهذيب (٢٧٦/١) ت (٢٠٣) ، المجموع للسبكي (٤٢٢/١٠ ، ٤٢٤) .

(١) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [رواية أبو عباس وقال] ، وكذلك في (ع) ما عدا : [أبو] ، مكانه : [أبي] . قال ابن الهمام : « يحكى عن أبي حنيفة : أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر ، فسألوه عن التمر فقال : الرطب إما أن يكون تمرًا ، أو لم يكن ، فإن كان تمرًا جاز العقد عليه ، لقوله ﷺ « التمر بالتمر » ، وإن لم يكن : جاز ، لقوله ﷺ « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » فأورد عليه الحديث ، فقال : هذا الحديث دائر على زيد بن عياش ، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه ، فتح القدير (٢٨/٧ ، ٢٩) ، وهكذا ذكره العيني في البناية (٣٧١/٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [على] ، مكان : [في] .

(٣) هو الإمام الحافظ الحجة ، أبو عبد الرحمن عبد الله بن المبارك الحنظلي ، مولاهم التركي ، ثم المروزي ، كان عالمًا في علوم مختلفة وكان ثقة ثبتًا ، عالمًا بصحيح الحديث ، ولد في سنة ثمان عشرة ومائة ، وتوفي رحمه الله في سنة إحدى وثمانين ومائة . راجع ترجمته في : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٣٩ -١٤٢ ، تاريخ الثقات ص٢٧٥ ، ٢٦٧ ، الترجمة (٨٧٦) ، سير أعلام النبلاء (٣٧٨/٨- ٤٢١) ، شذرات الذهب (٢٩٥/١) ، =

حنيفة لا يعرف الحديث ؟ وهو يقول : زيد - أبو عياش - [1] لا أقبل خبره ، وعبد الله حجة في معرفة الرجال والبحث عن الرواة .

١١١٦٥ - وقد طعن الطبري في « تهذيب الآثار » واعترض على الخبر بهذا الاعتراض وغيره ، وقال : إن زيدًا - أبا عياش - [2] لا يعرف برواية الأخبار .

١١١٦٦ - وقد اختلف في رواية [3] هذا الحديث ، فروى يحيى بن أبي كثير ، عن عبد الله بن يزيد ، أن زيدًا - أبا عياش - [4] أخبره عن سعد بن أبي وقاص ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة [5] » .

وقد روي بكير بن عبد الله ، عن عمران بن أبي أنس ، أن مولى لبني مخزوم حدثه « أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن الرجل يسلف الرجل الرطبَ بالتمر إلى أجل ؟ ، فقال سعد : نهانا رسول الله ﷺ عن هذا [6] » ، ومولى بني مخزوم هو زيد أبو عياش ، وإذا اختلف الخبر هذا الاختلاف مع ضعف راويه وقف الاحتجاج به ، ولا معنى للتشاغل بتعديل زيد ؛ لأن الطعن أولى من التعديل [7] .

١١١٦٧ - ولأن الحديث قد يقف العامل في قبوله مع عدالة راويه فلا يلزمه [8] ؛ ألا ترى أن عمر بن الخطاب ﷺ وقف في قبول خبر عمار ﷺ في التيمم [9] ، للخبر مع

= الفوائد البهية ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، مفتاح السعادة (٢/٢٤٦-٢٥٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [أبو عباس] .

(٢) في جميع النسخ : [أبو عباس] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) لفظ : [رواية] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [أبا عباس] ، وهو خطأ .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في التمر بالتمر » (٢/٢٤٧) ، والدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » الحديث (٢٠٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « النهي عن بيع الرطب بالتمر » (٢/٣٨ ، ٣٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن بيع الرطب بالتمر » (٥/٢٩٤) .

(٦) أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ في المعاني (٤/٦) .

(٧) قاعدة : الطعن أولى من التعديل . (٨) قوله : [فلا يلزمه] ساقط من (ع) .

(٩) في جميع النسخ : [اليتيم] ، والصواب ما أثبتناه . والدليل على ذلك : ما أخرجه مسلم من طريق سعيد بن عبد الرحمن بن أبزي ، عن أبيه ، بلفظ : « أن رجلًا أتى عمر ، فقال : إني أجنبت فلم أجد ماء ، فقال : لا تصل ، فقال عمار : أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت في سرية فأجنبنا فلم نجد ماء ، فأما أنت فلم تصل ، وأما أنا فتمعكتُ في التراب وصليت ، فقال النبي ﷺ : « إنما كان يكفيك أن تضرب بيديك الأرض ، ثم تنفخ ، ثم تمسح بهما وجهك وكفيك » فقال عمر : « اتق الله يا عمار! قال : إن شئت لم أحدث به » وفي رواية : « فقال عمر نوليك ما =

عدالة عمار ، ولا يلزم حكم الخبر لشك فيه [١] .

على أن نهيه [عليه الصلاة والسلام] عن بيع الرطب بالتمر نسيئة دليل [٢] على أصلهم : أنه يجوز بيعه نقدًا ، ودليل الخطاب عندهم نطق خاص .

١١١٦٨ - ومنهم من قال : هو كالقياس ونهيه [عليه الصلاة والسلام] عن بيع الرطب بالتمر عام ، والنطق خاص ، والقياس أن كل واحد منهما أولى من نطق العام .

فإن قيل : لما علل النهي عن بيع الرطب بالتمر ؛ لأنه ينتقص [٣] إذا جف ، صار هذا نطقًا خاصًا ، فكأنه قال : لا يباع الرطب بالتمر ؛ لأنه ينقص إذا جف ، فتعارض نطقان خاصان على أحد الوجهين ، فالمعلل أولى ، وعلى الوجه الآخر النطق الخاص أولى من القياس .

١١١٦٩ - قلنا : اللفظ العام إذا كان معللًا لم يصر خاصًا بل هو على عمومه ، والعلة المنصوصة كالنطق العام يرد عليها التخصيص [٤] بالقياس ، فأما على الوجه الآخر فقد تعارض نطقان خاصان ، فيتوقف فيهما .

١١١٧٠ - فإن قيل فالمعلل أولى .

١١١٧١ - قلنا : هذه العلة بالخبر [٥] المتفق على صحته ، وبالإجماع .

والخبر المتفق عليه هو قوله عليه [الصلاة و] السلام : « التمر بالتمر مثلًا بمثل » [٦] ، وهذا يقتضي جواز بيع الجديد [٧] بالعتيق وإن كان ينقص إذا جف ، وقد أجمعوا على جواز ذلك فبطلت العلة [٨] بالنص والإجماع ؛ فلم يجز إلا فرع الحكم وبقي النطق يعترضه [٩] الدليل على أصلهم .

= توليت » ، في الصحيح « كتاب الحيض » ، « باب التيمم » (١/٢٨٠ ، ٢٨١) ، الحديث (٣٦٨/١١٢) .

(١) قاعدة : « لا يلزم حكم الخبر شك فيه » .

(٢) في (م) ، (ع) : [دله] ، مكان : [دليل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلأنه انتقص] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [التخصص] .

(٥) في جميع النسخ : [بخبر] ، والصواب ما أثبتناه ، بزيادة : [ال] .

(٦) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٧) في (م) ، (ع) : [بجواز بيع الجديد] ، مكان : [يجوز بيع الحديث] في (ص) .

(٨) في (م) ، (ع) : [بطلبت المعلة] ، مكان : [فبطلت العلة] .

(٩) في (ع) : [لم يجز] مكان : [فلم يجز] ، ورسم في (ص) مكان النقط : [السا] وفي (م) ، (ع) : مكانه بياض ، وفي (ص) : [فيقرضه] ، مكان : [يتعرضه] ، ولعل الصواب : [يعترضه] وهو المثبت .

١١١٧٢ - ولأنه لا يخلو أن يكون عليه [الصلاة و] السلام سئل عن بيع الرطب متساويًا أو متفاضلًا ، ولا يجوز أن يكون السؤال عن بيع أحدهما بالآخر متساويًا ؛ لأن نقصانه عنه بعد الجفاف يعلم ضرورة ، فلا يجوز أن يستفهمه رسول اللّه ﷺ ، بقي أن يحتمل أنه سئل [١] عن ذلك متفاضلًا ، فقال : « إذا نقص فلا إذن » ، لما فيه من إضاعة المال [٢] من غير عوض ، وهذا كان قبل نزول تحريم الربا ، وإنما سألوه عن ذلك لما فيه من إضاعة [٣] المال .

١١١٧٣ - فإن قيل : قوله [عليه الصلاة والسلام] : « أينقص [٤] الرطب إذا جف؟ » تقرير [٥] لهم على ما علمه وعلموه ليبين أنه العلة .

١١١٧٤ - قلنا : ظاهر الاستفهام : أنه سؤال عما لم يعلم ، وحمله على التقرير ترك الظاهر ، فلا يجوز بغير دليل .

١١١٧٥ - فإن قيل : الظاهر أنهم يسألونه عن الأحكام الشرعية .

١١١٧٦ - قلنا : تحريم إضاعة المال حكم عُلم بالشريعة ، ولولاها لم يمنع دليل العقل عنه ، فلم يقع السؤال عندنا إلا عن حكم يستفاد بالشريعة ويعلم بها .

١١١٧٧ - احتجوا : بما روى عبيد اللّه [٦] بن عمر ، عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر [بالثمر] [٧] كيلًا ، وعن بيع العنب بالزبيب كيلًا ، وعن بيع الحنطة بالزرع كيلًا [٨] » .

١١١٧٨ - قلنا : المراد بالتمر الرطب المثبت [٩] على النخل إذا بيع كيلًا ، وعن

---

(١) في (م) ، (ع) : [نفي أن يحتمل على] ، مكان : [بقي أن يحتمل] ، وفي (ع) : [أن يسئل] ، مكان : [أنه سئل] .

(٢) في (ع) : [الما] ، مكان : [لما] ، وفي (ص) : [الماء] ، مكان : [المال] .

(٣) في (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [تصبيع] ، مكان : [إضاعة] والمقصود المال ، وهو ما أثبتناه .

(٤) في (ع) : [أينتقص] .

(٥) في (ص) ، (م) : [تقريرًا] .

(٦) في جميع النسخ : [عبد اللّه] ، وما أثبتناه من صحيح مسلم ، وسنن أبي داود ، ومعاني الآثار للطحاوي .

(٧) في جميع النسخ : [التمر] ، مكان : [الثمر] المثبت ، والزيادة من سنن أبي داود

(٨) أخرجه أبو داود بهذا الإسناد واللفظ في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في المزابنة » (٢٤٧/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب العرايا » (٣٢/٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » (١١٧١/٣) ، الحديث (١٥٤٢/٧٣) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب المزابنة » (٢٢/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [المشتهر] ، وهو تصحيف ، وفي (ص) : [المشتهى] ، والمقصود : المثبت على النخل .

الحنطة بالزرع كيلًا .

والدليل على ذلك شيئان ، أحدهما : أن إطلاق الثمر يتناول ما كان على الشجر ، ولهذا قال / عليه [الصلاة و] السلام : « لا قطع في ثمر » (١) . ١٣٣/أ

والثاني : أنه نهى عنه كيلًا ، والصفة ترجع إلى ما دخلت عليه الباء ، فكأنه نهى عن بيع تمر غير مكيل بتمر مكيل ، وهذا معنى نهيه عليه [الصلاة و] السلام عن بيع الزرع بالحنطة كيلًا ؛ لأن الكيل يصح في الحنطة دون الزرع ؛ يبين ذلك : أن النهي عن بيع الرطب بالتمر لا يشترط فيه الكيل عندهم ؛ لأنه لا يجوز كيلًا وغير كيل ، إنما يختص النهي عندهم كيلًا لما كان على النخل ؛ لأنه يجوز خرصًا .

١١١٧٩ - قالوا : روي سهل بن أبي حثمة (٢) : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر ، وأرخص في العرايا أن تباع بخرصها رطبًا يأكلها أهلها تمرًا (٣) » .

١١١٨٠ - قلنا : إنما يتناول التمر الرطب على النخل ، بدلالة : أنه استثنى من جنس المستثنى منه .

١١١٨١ - وقد نقل أبو داود هذا الخبر ، فذكر فيه « أنه نهى عن بيع البيضاء بالسلت » (٤) ، قياسًا على ما نهى عنه النبي ﷺ عن بيع الرطب بالتمر ، ولا مخالف له .

١١١٨٢ - قلنا (٥) : لم ينتشر هذا القول فيكون إجماعًا .

١١١٨٣ - وتقليده لا يلزمنا ؛ لأن قوله عليه [الصلاة و] السلام : « التمر بالتمر » قد أفاد بيع الرطب بالتمر ؛ لأنه تمر وإن انفرد باسم .

١١١٨٤ - قالوا : جنس فيه الربا ، بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس على

---

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة : أبو داود في كتاب « الحدود » ، باب « ما لا يقطع فيه » (٤٩٠/٢) ، والترمذي في « كتاب الحدود » ، « باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر » (٥٢/٤ ، ٥٣) ، الحديث (١٤٤٩) ، والنسائي في « كتاب قطع السارق » (٨٦/٨-٨٨) ، وابن ماجه في « كتاب الحدود » ، « باب لا يقطع في ثمر ولا كثر » (٨٦٥/٢) ، الحديث (٢٥٩٣) .

(٢) في (ع) : [حمرة] ، مكان : [حثمة] ، وهو خطأ .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ : « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبًا » في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة » (٢٢/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب بيع العرايا » (٢٤٧/ ، ٢٤٨) .

(٤) في جميع النسخ : [بالسلب] والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] .

هيئة الادخار على صفة يتفاضلان حال الادخار ، فوجب أن يكون باطلًا ، أصله : بيع الحنطة بدقيقها وسويقها .

١١١٨٥ - قلنا : يبطل ببيع التمر المسوس بالحديث ، فإن الجديد [1] على هيئة الادخار ، والعتيق ليس على هيئة الادخار ، فهما يتفاضلان في حال الادخار .

١١١٨٦ - ويبطل بالجديد والعتيق والحنطة الحديثة ، وهذا يجوز بالنص والإجماع ، فدل ذلك على بطلان هذا المعنى .

١١١٨٧ - ولأن المعنى في الحنطة بالدقيق : تفاضلهما [2] في الدقيق حال العقد ؛ لأن الدقيق المعقود عليه هو موجود في البدل الآخر على وجه يجوز اعتبار المماثلة معدومة [3] .

يبين ذلك : أن مماثلة الكيل تقع من غير فقد جزء ولا انضمام [4] جزء ، وأما الرطب فيزول التساوي بفقد أجزاء ذات [5] مال معقود عليه ، يقصد بالعقد ، ويوجد عنه الإعراض ، والتفاوت الذي يحصل بفوات جزء من المبيع [6] لا يؤثر في العقد ، كبيع التمر الحديث بالعتيق .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [بالجديد فإن الجديد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الدقيق] بدون الباء ، وفي (ع) : [يفاضلها] .
(٣) في (م) ، (ع) : [معدودة] ، مكان : [معدومة] .
(٤) في (ع) : [لا انضمام] بدون الواو .
(٥) في (م) ، (ع) : [بعقد] ، مكان : [بفقد] ، وفي جميع النسخ : [ذو] ، مكان : [ذات] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] .

مسألة ٥٨٥

بيع الرطب بالرطب

١١١٨٨ - قال أصحابنا : يجوز بيع الرطب بالرطب متساويًا (١) .

١١١٨٩ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

لنا : أنهما جنس واحد على صفة واحدة ، كالتمر بالتمر .

ولأن الرطوبة التي فيهما مقصودة بالعقد ، فجاز بيع أحدهما بالآخر ، كاللبن باللبن .

١١١٩٠ - فإن قيل : عامة منافع اللبن توجد حال رطوبته ، فاعتبر التساوي في هذه الحالة التي هي حال كماله ، وعامة منافع الرطب تحصل حال جفافه ، فكانت تلك حال الكمال فاعتبر التساوي .

١١١٩١ - قلنا : هذا يبطل بالعرايا .

١١١٩٢ - فإن قيل : لا يجوز العقد حتى يغلب في الظن أنهما يتساويان حال الجفاف .

١١١٩٣ - قلنا : التساوي الذي تتعلق صحة العقد به هو الكيل والوزن دون الحزر والظن (٣) .

ولأن عامة منافع اللبن طريًا توجد (٤) حال رطوبته ، وكذلك عامة منافع الرطب ، فأما بالادخار : فاللبن والتمر توجد (٥) منافعهما بعد الجفاف ، فإنهما اتفقا في الاسم والصفة والمقدار ، فالتفاوت في الثاني لا يؤثر ، كالحنطة بالحنطة .

١١١٩٤ - قلنا : قوله [عليه الصلاة والسلام] : « أينقص الرطب إذا جف » (٦) ،

---

(١) راجع المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل « وأما شرائط الصحة » (١٨٨/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣٠/٧-٣٢) ، العناية مع الهداية « باب الربا » (٣٧٢/٧-٣٧٤) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨١/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار ، « باب الربا » (١٩٣/٤) .

(٢) راجع المسألة في : الأم (٢٤/٣ ، ٢٥) ، وفي باب بيع الآجال » (٧٩/٣) ، مختصر المزني « باب الربا وما لا يجوز بعضه ببعض متفاضلًا » و « باب بيع اللحم باللحم « ص٧٧ ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (٤٣٣/١٠ وما بعدها) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٧٢/٤ ، ١٧٣) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٣٥/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الحرز والطعن] ، مكان : [الحزر والظن] ، وهو تصحيف .

(٤ ، ٥) في (م) : [يوجد] .

(٦) تقدم تخريجه مطولًا بهذا اللفظ في مسألة (٥٨٤) .

فقد تكلمنا عليه .

ولأن النبي ﷺ جعل المؤثر نقصان الرطب ؛ لأنه لا حمال [١] من كل واحد منهما .

١١١٩٥ - قالوا : جنس فيه ربا ، فلا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلًا بمثل ، وإن كان متفاضلًا أو مجهول التفاضل لا يجوز [٢] .

١١١٩٦ - قلنا : يبطل بالعرايا ، وبالتمر الحديث بالحديث ، فإن كل واحد منهما ينقص ، ومقدار النقصان غير معلوم .

١١١٩٧ - قالوا : النقصان حال الادخار منصوص عليها .

١١١٩٨ - قلنا : فيها وجهان ، أحدهما أنها لا تنتقص وتخص [٣] ، والثاني : أنها تبطل بالنقص ، كالمستخرجة .

١١١٩٩ - قالوا : هذه العلة لا تنتقص [٤] ؛ لأن النبي ﷺ اعتنبر نقصان ما لم يبلغ حال الادخار ، فصارت العلة ذات وصفين .

١١٢٠٠ - قلنا : العلة التي في الخبر نقصان الرطب ، وأنه لم يبلغ في حال الادخار صفة الأصل المعلل ، فلا يلحق بالعلة ويصير وصفًا فيها [٥] حتى لا يدخل النقص عليها .

* * *

(١) في (ص) : [لا حمال] بالحاء المهملة ، وفي (م) ، (ع) : [لا جمال] بالجيم المعجمة ، ولا يستقيم المعنى في كلتا الحالتين ، لعلها محرفة ، أو سقطت عبارة ما .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يصح] ، مكان : [لا يجوز] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) في (م) : [لا ينتقص] ، وفي (م) ، (ع) : [ويخص] .

(٤) في (م) : [لا ينتقض] .

(٥) في (م) ، (ع) : [منها] .


مسألة ٥٨٦

الدراهم والدنانير عند تعينها بالعقد

١١٢٠١ - [قال أصحابنا] [١] : الدراهم والدنانير إذا تعينت بالعقد : لم تتعين ، ووقع العقد على مثلها في الذمة .

١١٢٠٢ - وكان أبو الحسن [٢] يقول : تتعين ويتعلق العقد بها وعلى [٣] مثلها في الذمة ، لكن للمشتري أن يعطي غيرها ؛ لأنها لم تملك ، كالبدل المشروط فيه الخيار [٤] .

١١٢٠٣ - وقال الشافعي : تتعين ولا يملك غيرها [٥] .

١١٢٠٤ - وفائدة الخلاف : أن عندنا يجوز التصرف فيها ، وللمشتري دفع غيرها ، وإن هلكت لم ينفسخ العقد .

١١٢٠٥ - لنا : قوله تعالى ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ ﴾ [٦] ، وقال

---

(١) الزيادة أثبتناها تمشيًا مع منهج المصنف .

(٢) هو عبيد الله بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي ، وقد تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) .

(٣) في (م) ، (ع) : [على] بدون الواو .

(٤) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء بعد أن ذكر المسألة : « وبيان ذلك : أن من باع عبدًا بألف درهم وعينها في المجلس فإن البائع لا يستحق عينها ، حتى لو أراد المشتري أن يمنعها ويرد غيرها ، له ذلك ولكن تتعين في حق الجنس حتى تجب عليه الدراهم ، وتتعين في حق القدر حتى تجب عليه ألف درهم ، وتتعين في حق الصفة حتى إن الدراهم المعينة في العقد إذا كانت جيدة يجب عليه مثلها جيدة ، وإن كانت رديئة فكذلك . والصحيح قولنا ؛ لأنه لا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات ، فكان التعيين وتركه سواء في حق استحقاق العين ، فأما في تعيين الجنس والقدر والصفة ، ففيه فائدة فتتعين » . راجع : أحكام القرآن للجصاص ، في « سورة يوسف » (١٧٠/٣) ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٧/١) ، المسألة (٢٣٢٥) ، تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٣٨/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الصرف » ص ٣٥٣ - ٣٥٧ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٣٣/٥ ، ٢٣٤) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب الصرف » ص٣٢٧ ، ٣٢٨ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتعين] ، وفي جميع النسخ : [ويملك غيرها] إلا أن في (م) : [تملك] ، مكان : [يملك] والصواب ما أثبتناه بزيادة : [لا] . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى في بيع الذهب بالورق عينًا وتبرًا » (٢٦٨/٤) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، في « سورة يوسف » (١٥٦/٩ ، ١٥٧) ، الإفصاح « باب الربا » (٣٣٧/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٥٠/٤ ، ٥١) ، الإنصاف » باب الربا والصرف » (٥٠/٥ ، ٥١) .

(٦) سورة يوسف : الآية ٢٠ .

الفراء [١] : الثمن ما كان في الذمة فتسمية اللّه تعالى لها ثمنًا يقتضي أن تكون [٢] ثمنًا أبدًا ، وقول الفراء يقتضي أن كل ثمن في الذمة ، فاقتضى مجموع الأمرين أن الدراهم وإن عينت فالبيع يثبت في الذمة .

١١٢٠٦ - فإن قيل : من أين لكم أن الثمن كان معينًا ، .

١١٢٠٧ - قلنا : بقوله [٣] تعالى ﴿ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ ﴾ ، والعد لا يكون إلا من عين .

١١٢٠٨ - قالوا : قول الفراء يقبل في اللغة ، فأما في الأحكام : فلا .

١١٢٠٩ - قلنا : لم يرجع إليه لأمر اسم ؛ لأن الآية دلت أن الدراهم ثمن ، وكلام الفراء دل على أن الثمن في الذمة ، وهو حجة في بيان الأسماء .

١١٢١٠ - ويدل عليه : ما روي عن ابن عمر ﷺ : « أنه قال لرسول اللّه [صلى لله عليه وسلم] : أترى أبيع [٤] الإبل في البقيع بالدراهم فآخذ بها الدنانير ، وربما أبيعها بالدنانير وآخذ بها الدراهم ؟ ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما شيء » [٥] ، ولم يفصل بين أن يقع العقد بها معينة [٦] أو في الذمة .

١١٢١١ - ويدل عليه : إجماع الأمة عملًا في الاستدلال ؛ وذلك لأنهم يبيعون بالدراهم المعينة فيجدون فيها الزيوف فيبدلونها ، ولا يعدون ذلك فسخًا .

١١٢١٢ - فإن جوز مخالفنا ذلك لم يصح أصله ؛ لأن [٧] ما تعين إذا رد بالعيب انفسخ فيه ، وإن لم يجوزه خالف إجماع الأمة .

ولأنه ثمن ؛ فكان محله الذمة ؛ أصله : المطلق .

---

(١) سبقت ترجمته في مسألة (٤١٨) ، وقد ذكر الجصاص قول الفراء في أحكام القرآن (١٧٠/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يكون] ، والضمير في قوله : [لها] عائد إلى الدراهم المذكورة في الآية .

(٣) في (م) ، (ع) : [لقوله] .

(٤) في (ع) : [بيع] ، مكان : [أبيع] .

(٥) أخرجه أبو داود مطولًا في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في اقتضاء الذهب من الورق » (٢٤٥/٢ ، ٢٤٦) ، والنسائي نحوه في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة » ، وفي « أخذ الورق من الذهب » (٢٨١/٧ ، ٢٨٣) ، والطيالسي في المسند ص ٢٥٥ ، الحديث (١٨٦٨) ، وأحمد في المسند (١٣٩/٢) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب الرخصة في اقتضاء الورق من الذهب » (٢٥٩/٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٤٤/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » باب اقتضاء الذهب من الورق » (٢٨٤/٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعينه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [كان] ، مكان : [لأن] .

١١٢١٣ - ولأنها دراهم جعلت تبعًا في البيع ؛ فكان محلها الذمة ، أصله : إذا أطلقها .

١١٢١٤ - ولا يلزم الدراهم الأجبية [١] وما أشبهها ؛ لأنها تثبت في الذمة ، فله أن يعطي مثلها من غير تعيين ولا صفة ، وما صح [٢] العقد عليه إذا أطلقه ولم يعينه ولم يصفه [٣] ، ولم يتعين بالبيع وإن عينه ، كالميزان ، والمكيال [٤] .

١١٢١٥ - فإن قيل : العقد على قفيز من صبرة يصح من غير تعيين ، ولو عينه تعين .

١١٢١٦ - قلنا : إذا أشار إلى صُبرة فقد عين المبيع ضربًا من التعيين ؛ ألا ترى : أنه لو [لم] يضف العقد إلى الصبرة لم يجز ، ونحن قلنا : ما صح العقد إن لم يقيده ولم يصفه [٥] .

١١٢١٧ - قالوا : النكاح عندكم يجوز على عبد مطلق ، ولو عينه لتعين .

١١٢١٨ - قلنا : نحن قيدنا الحكم بالبيع ، فلا يلزم النكاح . ومن طريق المعنى لا يلزم ؛ لأنا قلنا : ما صح العقد عليه إن لم يعينه ، والنكاح لا يصح في العقد إلا بالتعيين ، فإن أطلقه وقع العقد عليه أو على قيمته .

١١٢١٩ - ولا يلزم الوصية واليمين ؛ لأن [٦] كل واحد منهما ينعقد على المطلق من الدراهم والأعيان ، فإن عينه تعين ؛ لأنا قيدنا [المسألة] [٧] ، فقلنا : بيع .

ومن طريق المعنى لا يلزم ؛ لأن الوصية موضوعها أن تتعلق [٨] بالأعيان ، ألا ترى : أنها لا تثبت في الذمة ، وإنما تتعلق بالتركة [٩] فإذا تعلقت عند إطلاقها بالأعيان فأولى بها إذا عينها .

ولأن معنى قولنا : إن ما صح العقد مع إطلاقه لم يتعين بالبيع وإن عين ؛ لأن [١٠] الجهالة تؤثر في بدل البيع والإطلاق سواء صح الإطلاق [١١] أو لم يصح .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الأجبة] ، الأجبية ، والجباية : استخراج الأموال من قطانها وجمعها . انظر : لسان العرب (٥٤١/١) ، المصباح المنير (٨٨/١) .

(٢) في (ع) : [ما صح] بدون الواو .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم يصفه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الكيل] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) وفيهما : [فإن لم يقيده ولم يضفه] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن] .

(٧) في سائر النسخ : [اللغة] ، ولا يستقيم المعنى بها .

(٨) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بأكثره] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أن] .

(١١) في النسخ جميعها : [والإطلاق سواء لم يصح الإطلاق] ، ولا معنى لهذه العبارة ، ولذلك أبدلنا بها ما أثبتناه ، مما عساه أن يوافق المقصود .

١١٢٢٠ - وهذا المعنى لا يوجد في الوصية والنكاح ؛ لأن الجهالة لا تؤثر [١] في بدل النكاح ، ولا فيما يقع الوصية به ، فإن عين تعين ، وإن أطلق صح مع جهالته ؛ لأن الجهالة غير مؤثرة فيهما .

١١٢٢١ - وعلى هذا اليمين لا تؤثر الجهالة فيها ، فلذلك تعين المحلوف عليه ، إن قُدِّر اليمين على مطلقه وإن شئت قلت : لو تعينت الأثمان بالبيع لم ينعقد عليها مطلقًا ، كالعروض .

١١٢٢٢ - فإن قيل : إنما يصح العقد عليها مطلقًا للعرف في نقد البلد ، ولذلك لو كانت النقود [٢] لم يصح إطلاقها ، ولو كان في بلد عُرْفٌ لنوع من العُرُوض فعقد عليها ؛ جاز إطلاق العقد عليها .

١١٢٢٣ - قلنا : الأصح الإطلاق لعدم [اختلافها ، ولهذه العلة لا تتعين [٣] إذا عرض تعيينها ، فأما العُرُوض : إذا حصل فيها عرف يجوز معه العقد عليها] [٤] مطلقا لم تتعين [٥] عندنا .

ولأن الأثمان من نوع واحد ، فلا فائدة في تعيينها ؛ لأن الأغراض فيها لا تختلف [٦] ، وكل تعيين لا فائدة فيه ، فإنه لا يتعين بالعقد [٧] ، كمن استأجر أرضًا ليزرع فيها حنطة جاز أن يزرع الشعير ، ومن استأجر دابة ليحمل عليها هذه الحنطة جاز أن يحمل عليها مثلها ، ومن ابتاع بهذا الميزان / جاز أن يزن بغيره .

١٣٣/ب

١١٢٢٤ - فإن قيل : في تعيينها فائدة وهو أن يكون حلالًا .

١١٢٢٥ - قلنا : إذا أخذ من جملة دراهم درهمًا ابتاع به ؛ تعين عندكم ، ولم يجز دفع غيره منها وإن ساواه في الحل وفي كل صفاته .

١١٢٢٦ - فإن قيل : إذا تعين فسد العقد بهلاكه .

---

(١) في (م) : [لا يؤثر] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وكذلك] وفي سائر النسخ : [للنقود] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يتعين] .

(٤) في جميع النسخ : [عليه] ، والصواب : [عليها] ؛ لأن الضمير عائد إلى : [العروض] ، وما بين القوسين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يتعين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الأعراض فيها يختلف] .

(٧) قاعدة : « الأثمان من نوع واحد فلا فائدة في تعيينها ؛ لأن الأغراض فيها لا تختلف ،وكل تعيين لا فائدة فيه فإنه لا يتعين بالعقد » .

١١٢٢٧ – قلنا : الفائدة تُطلب لتصحيح العقود لا لإفسادها [١] .

١١٢٢٨ – فإن قيل : الفائدة أن يكون البائع أحق بها عند فلس [٢] المشتري .

١١٢٢٩ – قلنا : هذه الفائدة لا تعود إلى [٣] العقود وإنما تطلب لأمر بعده ، وفوائد العقود تطلب حال العقد [٤] .

ولأن هذا التوثق حاصل للبيع ما دام المبيع [٥] في يده ، فإذا فعله فقد أسقط حقه فلم يلزم حكم العقد أن يثبت له نوع آخر من التوثق .

١١٢٣٠ – قالوا : فما ذكرتموه يَبْطُل بصُبْرة طعام قسَّمها وباع أحد جزئيها [٦] ، أوزق [٧] زيت باع أحد قسميه ، فإنه يتعين ، ولا فائدة في تعيينه ؛ لأن كل واحد من ذوي الجملة سواء ، وكذا سنجات الدوانيق تتعين ولا غرض [٨] فيها .

١١٢٣١ – قلنا : إنما يتعين ذلك لتصحيح العقد ، فلو لم يتعين [٩] لبطل ؛ لأنها لا تثبت في الذمة إلا بشرائط السلم ، أو تكون [١٠] جزءا من جملة المشار إليه ، مثل أن يقول : قفيزًا من هذه الصبرة .

١١٢٣٢ – فإن قيل : الدراهم تتعين [١١] بالوصية .

١١٢٣٣ – قلنا : فيه فائدة ؛ لأنه إذا أطلقها ضرب الموصي بها [١٢] وإن زادت على

---

(١) في (م) : [لإفسادها] ، بدون : [لا] ، وفي (ع) : [لا إفسادها] ، مكان : [لا لإفسادها] ، قاعدة : « الفائدة تطلب لتصحيح العقود لا لإفسادها » .

(٢) في (ع) : [تلبس] . (٣) قوله : [تعود إلى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) قاعدة : « فوائد العقود تطلب حال العقد » . (٥) لفظ : [المبيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أحديهما] ، مكان : [أحد جزئيها] .

(٧) والزِّق – بكسر الزاي – : وعاء من جلد يتخذ للشراب ونحوه ، والجمع : أزقاق ، وزقاق ، وزقان ، وأزق . راجع : لسان العرب ، مادة : « زقق » (١٨٤٥/٣) ، المعجم الوسيط (٣٩٧/١) .

(٨) في (ص) : « سنحاب » ، مكان : « سنجات » ، وفي (م) ، (ع) : « يتعين ولا عرض » ، مكان المثبت . وسنجات : جمع سَنْجة ، وتجمع أيضًا على سِنج والسنجة : هي ما يوزن به . راجع : المعجم الوسيط (٤٥٥/١) . ودوانيق : جمع دانِق – بفتح النون وكسرها– وتجمع أيضًا على دوانق ، والدانق : من الأوزان سدس الدرهم . راجع : لسان العرب ، مادة : « دنق » (١٤٣٣/٢) ، المصباح المنير (١٨٩/١) ، المعجم الوسيط (٢٩٨/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولو لم يتعين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [إلا شرائط السلم أو يكون] ، مكان المثبت .

(١١) في (م) : [يتعين] .

(١٢) في (م) : [لها] وفي (ع) : [له] ، مكان : [بها] ، ومعناه : حدد الدراهم الموصى بها في جملة ما معه من الدراهم ، طبقا لصيغة الوصية .

الثلث ، فإن عينها لم يضرب فيما زاد على الثلث .

١١٢٣٤ - وإن شئت قلت : ما لا يكون في تعيينه فائدة تعود إلى تصحيح البيع لا يتعين بالإشارة ، كالمكيال ، والميزان .

١١٢٣٥ - فإن قيل : إذا عين المكيال فسد العقد .

١١٢٣٦ - قلنا : فقد سلمتم الحكم ، وهو أنه لا يتعين حتى يجب عليه أن يزن أو يكيل منه .

١١٢٣٧ - فإن قيل : المعنى في الإجارة يقصد به تقدير المنفعة ، فلذلك جاز مثلها أو دونها .

١١٢٣٨ - قلنا : إنما كان كذلك ؛ لأنه لا فائدة في التعيين ، وهذا موجود في الدراهم ؛ ولأن سبب الاستحقاق ما هو من جنس الأثمان في الذمة مطلقًا ، فلم يتعين ، كالاستهلاك .

١١٢٣٩ - احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت ﷺ : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورِق بالورِق ، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عينًا بعين [1] ، وهذا يدل على تعيينها [2] ، وأجرى الأثمان مجرى غيرها من الأعيان .

١١٢٤٠ - قلنا : إطلاق الذهب والفضة يتناول غير المضروب [3] ، وذلك يتعين عندنا .

١١٢٤١ - ولأنه عليه [الصلاة و] السلام جعل التعيين شرطًا ، وذلك غير مشروط في الأثمان إلا عند القبض ، وعندنا أنها تتعين [4] بالقبض .

١١٢٤٢ - وعلى قول أبي الحسن تتعين [5] ، لكن أعيانها غير مملوكة ، وليس البر من المتعين ، فإذا قلنا به وكان الخلاف في غيره سقط الاستدلال .

١١٢٤٣ - فأما قولهم : إنه أجرى الأثمان مجرى الأعيان ؛ فكذلك يقول أبو الحسن : إنها تتساوى [6] في التعيين .

١١٢٤٤ - فأما على الطريقة الأخرى : فالمراد بذكر العين عدم النَّساء ، وذلك

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٦) . (٢) في (م) : [تعينها] .
(٣) في (م) ، (ع) : [المصروف] ، وهو تصحيف .
(٤) في (م) : [يتعين] . (٥) في (م) ، (ع) : [يتعين] .
(٦) في (م) : [يتساوى] .

تأكيدًا (١) لقوله [عليه الصلاة والسلام] : « يدًا بيد هاء وهاء » (٢) ، وقد سمي النقد عينًا لأنه ضد الدين .

١١٢٤٥ - قالوا : كل ما تعين بالقبض جاز أن يتعين بالعقد ، كغير الأثمان (٣) .

١١٢٤٦ - قلنا : إنما تعينت بالقبض لأنها لو لم تتعين (٤) بطل المعنى المقصود بالقبض . ألا ترى : أنه يقبض ليستقر ملكه ويجوز تصرفه ، ولو (٥) لم يتعين جاز للبائع أن يتصرف فيه ، فبطلت هذه الفائدة ، ولا فائدة في التعيين بالعقد تعود (٦) إلى العقد على ما بينا فلم يتعين .

١١٢٤٧ - والمعنى في غير الأثمان : أنها لو لم (٧) تتعين لم يجز البيع عليها مطلقًا ، ولما جاز على مطلق الثمن دل على أنه لا يتعين .

١١٢٤٨ - وقد ناقض أصحابنا هذه العلة بالمسلم فيه ؛ لأنه يتعين بالقبض ولا يتعين بعقد السلم .

١١٢٤٩ - قالوا : يتعين إذا بيع .

١١٢٥٠ - قلنا : النقض أنه يتعين كالقبض عن عقد ؛ لأنه لا يتعين بذلك العقد .

١١٢٥١ - فإن قلتم : إنه يتعين لمصيره إلى القبض (٨) .

١١٢٥٢ - قلنا : الدراهم تتعين (٩) بعقد الوصية ، وإن لم تتعين بالبيع .

١١٢٥٣ - قالوا : كل ما (١٠) تعينت به الأثمان تضمن به الأثمان ، كالقبض .

١١٢٥٤ - قلنا : قد تكلمنا على هذه العلة وأصلها ، وتنتقض (١١) هذه العلة بالجناية ؛ لأن (١٢) قطع الطرف يعتبر به ولا يعتبر به الأرش ، والسرقة معتبر بها قطع

---

(١) في (م) ، (ع) : [وكذلك تأكيد] مكان المثبت .

(٢) سبق تخريجه في مسألة (٥٧٦) .

(٣) قاعدة : « كل ما تعين بالقبض جاز أن يتعين بالعقد » .

(٤) في (م) : [لم يتعين] .

(٥) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [يعود] .

(٧) قوله [لم] : أثبتناها لاستقامة المعنى .

(٨) في سائر النسخ : [لمصير] وزدنا ما بين القوسين ليستقيم المعنى .

(٩) في (م) : [يتعين] ، وهو ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كلما] . (١١) في (ع) : [تنتقض] .

(١٢) لفظ : [لأن] ساقط من (م) ، (ع) .

الطرف ولا يتعين بها الضمان .

١١٢٥٥ - قالوا : الأثمان تتعين بالغصب ، والقبض ، والوكالات ، فكذلك البيع ، كغيرها .

١١٢٥٦ - قلنا : أما الغصب فلا يقع إلا في عين ولا يقع على [١] ما في الذمم ، فلو لم تتعين [٢] بالغصب خرجت من أن تكون مغصوبة وبطل ضمانها .

١١٢٥٧ - فإن قال الغاصب : لا فائدة في هذه الدراهم فخذ مثلها .

١١٢٥٨ - قلنا : بل فيه فائدة ؛ لأن حق المغصوب لا يسقط عن عينها مع بقاء العين على حالها [٣] ؛ لأنه لا يتعلق ابتداء بما في الذمة .

وكذلك الوديعة في هذا الحكم مثل الغصب ، فأما في الوكالة فيعتبر مثله ؛ لأنه إذا وكله أن يبتاع بهذه الألف فهلكت قبل تسليمها إلى الوكيل جاز أن يشتري له بألف مثلها .

١١٢٥٩ - وإنما قالوا : إذا سلمها للوكيل فهلكت بطلت الوكالة ؛ لأنها تعينت بالقبض كما يتعين البيع [٤] بالقبض .

١١٢٦٠ - قال أصحابنا : حكم الأثمان مفارق لغيرها ؛ بدلالة : جواز المضاربة بها خاصة . وذلك المعنى يعود إلى التعيين ؛ لأنها لا تتعين [٥] . فإذا اشترى المضارب ثبت [٦] الثمن مضمونًا في ذمته فجاز أن يستحق ربح ما ضمن ، والعروض تتعين فلا يستحق ربحها ؛ لأنه ربح ما لم يضمن ، فلو تعينت الأثمان [لم يجز المضاربة بها] [٧] كالعروض .

١١٢٦١ - قال ابن سريج [٨] : لو كانت الأثمان لا تثبت إلا في الذمة لوجب [٩]

(١) في (م) ، (ع) : [إلا على] بزيادة : [إلا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا تتعين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [على حالها بطل العقد] ، بزيادة : [بطل العقد] وحذفها أنسب ، لذلك حذفناها من الصلب .
(٤) في (ع) : [تتعين] ، مكان : [يتعين] وفي (م) ، (ع) : [بالبيع] ، بزيادة : [الباء] .
(٥) في (م) : [لا يتعين] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يثبت] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [شريح] ، وهو تصحيف . وستأتي ترجمة ابن سريج في مسألة (٧٣٤) .
(٩) في (م) ، (ع) : [الأثمان ثبتت] ، بدون : [لا] ، ولفظ : [تثبت] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

إذا عينت بالعقد أن يبطل [١] ، كالسلم .

١١٢٦٢ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأنه إذا أسلم في غيره ولم يؤجلها جاز العقد وكان بيعًا ، وإن أجلها بطل العقد ؛ لأن الأعيان لا يصح تأجيلها .

١١٢٦٣ - قالوا : كعوض مشار إليه في عقد ، فوجب أن يتعين ، كسائر الأعواض .

١١٢٦٤ - قلنا : سائر الأعواض [٢] في تعينها فائدة تعود إلى [عقد البيع فتعينت ، والأثمان ليس في تعينها فائدة تعود إلى] العقد ، فلم تتعين [٣] .

* * *

(١) يعني العقد ، وقول ابن سريج ذكره السبكي في المجموع (١٠/١٠٠) .

(٢) لفظ : [الأعواض] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن قوله : [فتعينت] إلى قوله : [تعود إلى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [فلم يتعين] .



مسألة ٥٨٧

بيع الدينار بدينارين ودرهم ، والدرهم بدرهمين ودينار

١١٢٦٥ - قال أصحابنا : إذا باع دينارًا بدينارين ودرهم ، ودرهما بدرهمين ودينار[1] ، جاز البيع ، وخولف بين البدلين ، فإذا باع عشرة دراهم ودينارًا بأحد عشر درهمًا : قسمت على الاعتبار ، فكانت العشرة بمثلها ، والدراهم بالدينار [2] .

١١٢٦٦ - وقال الشافعي يقسم العوض على قيمة ما يقابله ويفسد العقد [3] .

١١٢٦٧ - لنا قوله عليه [الصلاة و] السلام « الفضة بالفضة مثلًا بمثل » [4] ، ظاهره يقتضي أن العشرة بمثلها ، فيبقى الدينار بالدرهم .

(١) في سائر النسخ : [ودرهما] ، مكان : [ودرهم] ، وقوله : [ودرهمًا] الثاني ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وقال الكاساني في بدائع الصنائع : « إذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه ومن خلاف جنسه ، فأما إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين بأبدال من جنسين مختلفين ، فإن كان من غير أموال الربا فلا شك أنه يجوز ، وتقسم الأبدال من أحد الجانبين بالأبدال من الجانب الآخر قسمة توزيع وإشاعة من حيث التقويم ، وإن كان من أموال الربا ، فيجوز أيضًا عند أصحابنا الثلاثة ، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة إشاعة وتوزيع، وعند زفر والشافعي : لا يجوز ويقسم قسمة توزيع وإشاعة من حيث القيمة ، كما في غير أموال الربا ، وبيان ذلك في مسائل : إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير ، جاز عند علمائنا الثلاثة ، وتصرف الحنطة إلى الشعير والشعير إلى الحنطة ، وعندهما : لا يجوز ، وكذلك إذا باع درهمًا ودينارًا بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم إلى الدينارين ، والدينار إلى الدرهمين » .

(٢) راجع المسألة في : متن القدوري « كتاب الصرف » ص٤٠ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، في آخر « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٩١/٥ ، ١٩٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « كتاب الصرف » (١٤٤/٧-١٤٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الصرف » (٥١٤/٧ - ٥١٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الصرف » (١١٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الصرف » (٢٤٩/٤) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الخلافيات « كتاب البيوع » ، ورقة (٢٠٠أ ، ب) ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (٣٠٦/١٠ وما بعدها) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٧٠/٤ ، ١٧١) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الثاني في الفساد بجهة الربا » ، بذيل المجموع (١٧٢/٨) وما بعدها ، المنتقى في « المراطلة » (٢٧٧/٤) ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (٤١/٥ ، ٤٢) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٢١/١-٣٢٣) ، المسألة (١٢) ، الإفصاح « باب الربا » (٣٣٦/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٣٩/٤) وما بعدها ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٥٨/٢) ، الإنصاف ، « باب الربا والصرف » (٣٣/٥) .

(٤) قد سبق تخريجه مطولًا في المسألة (٥٧٦) .

١١٢٦٨ - وقال [ﷺ] : « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ، يدًا بيد » (١) ، وكل ما جاز بيعه بجنسه جاز بيعه بجنسه وغير جنسه ، كالحديد والرصاص (٢) .

١١٢٦٩ - ولأنها عين يجوز بيعها ، فجاز بيعها بالفضة والذهب صفقة (٣) واحدة .

١١٢٧٠ - ولأن البدل إذا كان له حالتان إحداهما تؤدي إلى صحة العقد ، والأخرى إلى فساده ، كانت الحالة التي تؤدي إلى صحته (٤) أولى (٥) . أصله : إذا باعه (٦) بثمن مطلق أمكن حمله على ثمن البلد [فيصح] (٧) وأمكن حمله على غيره فيبطله ، فكان حمله على نقد البلد المؤدي (٨) إلى صحته أولى .

١١٢٧١ - ولأن عقود المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن (٩) ، ومعلوم أنهما لو صرحا بالبدل على ما نقول صح العقد ، فالظاهر أنهما قصدا ذلك وعقد عليه .

١١٢٧٢ - ولأن تحريم التفاضل في الجنس الواحد لا يخفي على المسلمين .

١١٢٧٣ - ومعلوم أن غرض كل واحد من المتعاقدين حصول العوض الذي من جهة صاحبه ، فإذا كان حصل له على وجه مباح كان مباحا ولو يحصل له على (١٠) وجه محرم : فلا يجوز أن يجاز ؛ لأنه لا داعي إليه وله عنه صارف ، فكان الظاهر أنه قصد تحصيله بالوجه المباح دون غيره .

١١٢٧٤ - فإن قيل : هذا يبطل بمن باع درهمًا بدرهمين ؛ إذ يمكن أن يحمل على بيع درهم بدرهم وهبة درهم .

١١٢٧٥ - قلنا : يلزمهما عقد تبرع لم يقصداه . ثم لا يؤدي إلى الصحة ؛ لأن الهبة مشروطة في البيع ، ولو صرح بذلك لم يجز .

١١٢٧٦ - قالوا : إذا باع صاع تمر بصاعين يمكن أن يجعل النوى من كل واحد

---

(١) تقدم تخريج الحديث في المسألة (٥٨٣) .
(٢) قاعدة : « كل ما جاز بيعه بجنسه جاز بيعه بجنسه وغير جنسه كالحديد والرصاص » .
(٣) في (م) ، (ع) : [صفة] . (٤) في (م) ، (ع) : [صحة] .
(٥) قاعدة : « البدل إذا كان له حالتان ، إحداهما تؤدي إلى صحة العقد ، والأخرى إلى فساده كانت الحالة التي تؤدي إلى صحته أولى » .
(٦) لفظ : [باعه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٨) لفظ : [المؤدي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) قاعدة : « عقود المسلمين محمولة على الصحة » . (١٠) الزيادتان من (م) ، (ع) .

[من البدلين] [١] بإزاء ما في الآخر من التمر .

١١٢٧٧ - قلنا : بيع النوى من التمر [٢] لا يصح ، فلو صرحنا بذلك لم يجز .

١١٢٧٨ - ولأن النوى غير مقصود بالعقد ، بدلالة : أنه لو ابتاع تمرًا فوجده بغير نوى لم يكن له خيار ، وما ليس بمعقود عليه لا يصح البدل عليه .

١١٢٧٩ - فإن قيل : إذا باع قفيز سمسم بقفيزين فهلا جوزتم العقد ، وجعلتم دهن كل واحد من العوضين [٣] في مقابلة كُسْب الآخر ؟ .

١١٢٨٠ - قلنا : بيع كُسْب [٤] السمسم لا يجوز ، فكيف يتقدر العقد بهذا حتى يصح .

١١٢٨١ - قالوا : فقد قلتم فيمن باع سمسمًا بدهن جاز البيع ، إن كان الدهن الذي في مقابلة السمسم أكثر من الدهن الذي في السمسم .

١١٢٨٢ - قلنا : لم نجعله تبعًا ، لكن الدُّهن لما وقع عليه العقد وفي عوضه دُهن ، كان من شرط صحة العقد المماثلة فيه ، وفي السمسم بالسمسم لم يتناوله العقد وبيعه لا يصح ، فلم تجز القيمة [٥] عليه .

١١٢٨٣ - فإن قيل : هذا يبطل بمن باع عبدًا بألف نسيئة [٦] ، ثم ابتاعه مع عبد آخر بألف ومائة نقدًا ، فالبيع فاسد عندكم / إذا كانت حصة العبد المبيع أقل من ألف ، ويمكن حمل العقد على الصحة فيجعل في مقابلته ألف ، والزيادة في مقابلة الآخر حتى يصح العقد . ١٣٤/أ

١١٢٨٤ - قلنا : أما على الطريقة الأولى وهو قولنا : إن البدل إذا كان له حالتان [٧] فلا يلزم ؛ لأن ههنا للصحة أحوالا ، أحدها : أن يجعل في مقابلته [٨] ألفًا ، والثاني [٩] :

(١) الزيادتان من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : [بيع النوى من التمر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) : [الموضعين] .

(٤) كسب بضم الكاف وسكون السين ، عصارة الدهن وثقله ، معرب وأصله بالفارسية : كشب بالشين المعجمة ، فقلبت الشين سينًا .

(٥) في (م) ، (ع) : [القسمة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالغا كسبه] ، مكان : [بألف نسيئة] .

(٧) لفظ : [حالتان] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [مقابلة] ، بدون الهاء ، الراجعة إلى العبد المبيع في الأول .

(٩) أي العبد الآخر المبيع ثانيًا .

زيادة على ألف درهم ، وبدرهمين وبأكثر من ذلك كل واحدة من هذه الأحوال إذا حمل العقد عليها صح ، فإذا حملناه على جميعها حملناه على ثمن مجهول ، وإن حملناه على أحدها لم يكن بعضها أولى من بعض .

١١٢٨٥ - أما على الطريقة الثانية فهو أن المسلم إذا أمكنه تحصيل العوض حلالًا لم يجاوزه ، أما [١] حرامًا فلا يلزم . لأن هذا العاقد يجوز أن يكون قصد الحلال على مذهب من يجوِّز [٢] ابتياع ما باعه نساءً [٣] بأقل من ثمنه ، فلم يتعارض عنده الحلال والحرم ، بل اعتقد الحل من كل واحد من الأمرين ، وهذا [٤] لا يوجد في مسألتنا ؛ ولأنه لا وجه للحكم بإجماع إلا ما قدرناه .

١١٢٨٦ - فإن قيل : هذا الانفصال يبطل بمسألة ، وهي : أن من استأجر دارا بعشرة وأجرها بخمسة عشر لزمه أن يتصدق بالفضل عندكم ، ولو زاد فيها غلقًا [٥] ، طاب له الفضل ، وجعلتم الزيادة في مقابلة الغلق [٦] . ويجوز أن يكون العاقد [٧] قصد أن يستحل الزيادة [تقليدًا لمن يقول : إن إجارة ما استأجره بأكثر من أجرته جائزة .

١١٢٨٧ - قلنا : فنحن لا نجعل الزيادة في مقابلة] [٨] الغلق ، بدلالة : أن الدار لو استحقت سقطت الأجرة كلها ، ولو استحقت الأجرة كلها [٩] لم يَسْتَحِقّ شيئًا من الأجرة ، وإنما وجب أن يتصدق بالفضل ؛ لأنه ربح ما لم يملك ، فإذا زاد فيه شيئًا [١٠] منفعة ، وبعض المنافع مملوكة له ، فلم يلزمه أن يتصدق .

ويدل على ما قلناه : أن كل واحد من المتعاقدين ملك البدل جملة واحدة ، وإنما

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم نجزه] ، وفي (ص) : [لم يحبره] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، ع) : [يقول يجوز] ، بزيادة : [يقول] .

(٣) في (م) ، (ع) : [شيا] . (٤) في (ع) : [ولهذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [علفا] ، بالعين المهملة والفاء ، وهو تصحيف . والخلق الذي زاده بمعنى التكملة والتحسين . راجع : النهاية « باب الغين مع اللام » (٣٧٩/٣ ، ٣٨٠) ، لسان العرب ، مادة : « غلق » (٣٢٨٣/٥) .

(٦) في (م) : [العاقل] بالعين المهملة ، وفي (ع) : [العلف] الفاء .

(٧) في (م) ، (ع) : [العقل] ، مكان : [العاقد] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) زيادة : [ولو استحقت المعلوم] ، وفي (ص) زيادة : [ولو استحقت الغلق] ، وقد حذفناها مراعاة للسياق .

(١٠) في (ع) : [يناله] .

يقسم أحد العوضين على الآخر لإحراز حقوق العقد وتحصيله عند الرد بالعيب وسقوط بعض البدل بالهلاك ، وإذا كانت القسمة تراد لتحصيل حقوق العقد لم يجز أن يثبت قسمة تؤدي إلى فساد العقد مع إمكان إثبات قسمة صحيحة ؛ لأن في هذه [1] القسمة إبطال العقد ، لحقوقه التي طلبت القسمة لتحصيلها .

١١٢٨٨ - احتجوا : بحديث فضالة بن عبيد ﷺ قال « أُتي رسول الله ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز [2] ابتاعها رجل بتسعة دنانير ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : لا ، حتى تميز بينهما [3] » .

١١٢٨٩ - قالوا : والحكم إذا نقل مع السبب فالسبب كالعلة للحكم [4] .

١١٢٩٠ - الجواب : أن الخبر مشترك [5] (في إفادة) الدليل ؛ لأن ظاهره يقتضي أنها إن مُيِّزتْ جاز بيعها بالذهب ، وعنده لا يجوز .

١١٢٩١ - فإن قيل : قوله « حتى تميز » إنما أراد به [6] تميز العقد على أحدهما من الآخر .

١١٢٩٢ - قلنا : غلط ؛ لأنه [7] ذكر في الخبر اختلاطَ الذهب بالخرز [8] ، ومتى ذكر الاختلاط ، ثم ذكر التمييز ، فالظاهر أن المراد به : تمييز المختلط [9] ، فأما أن يكون تمييز غيره فلا .

١١٢٩٣ - ولأنه لا خلاف أن العقد عليها يجوز قبل التمييز إذا باعها بغير جنسها ، وعندنا إذا علم ما فيها من الذهب فأعطى أكثر منه ، فصار تقدير الخبر عندهم : لا تباع بجنس

---

(١) في (ص) : [هذا] .

(٢) في جميع النسخ : [حرز] بالحاء المهملة وهو تصحيف ، والخرز : هو فصوص من حجارة ، وهي التي تنظم في سلك ليتزين بها ، واحدتها : خرزة . راجع : لسان العرب ، مادة « خرز » (١١٣٠/٢) ، المعجم الوسيط (٢٢٥/١) .

(٣) في جميع النسخ : [حتى يميز ما بينها] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وحديث فضالة بن عبيد ﷺ أخرجه أبو داود مرفوعًا بهذا اللفظ باختلاف يسير في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب في حلية السيف تباع بالدراهم » (٢٤٥/٢) ، والدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » (٣/٣) الحديث (١ ، ٢) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب لا يباع ذهب بذهب ومع أحد الذهبين شيء غير الذهب » (٢٩٣/٥) .

(٤) قاعدة : « الحكم إذا نقل مع السبب فالسبب كالعلة للحكم » .

(٥) في (م) ، (ع) : [مشتركة] .

(٦) في (ص) : [أنه] ، مكان : [به] .

(٧) لفظ : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش

(٨) في جميع النسخ : [بالحرز] ، بالحاء المهملة ، والصواب ما أثبتناه .

(٩) في (م) ، (ع) : [المراد تمييز اختلط] ، مكان المثبت .

ما فيها حتى تميز [(١)] ، وعندنا : لا تباع إذا جهل المقدار حتى تميز [(٢)] ، فكل منا لم يجعل الغاية غاية الحكم في جميع الأحوال ، وإنما جعلها غاية إذا وقع العقد على صفة مخصوصة ، فليس ما يقولونه أولى مما نقول [(٣)] ، وإنما ذكر عليه (الصلاة و) السلام التمييز ؛ لأن العادة أن وزن الذهب يعلم به ، وصحة العقد موقوفة على العلم بالوزن حتى يعطي أكثر منه .

١١٢٩٤ - فإن قيل : العقود محمولة على العادة [(٤)] . ومعلوم : أن الإنسان لا يبيع قلادة فيها ذهب وخرز [(٥)] بأقل من الذهب الذي فيها ، لا سيما [(٦)] والمشتري يقول : أنا قصدت الخرز [(٧)] وكيف يقصد عين الذهب ويبتاع بأقل من الذهب ؟ .

١١٢٩٥ - قلنا : إنما يكون ذلك إذا علم الوزن ، فأما إذا أخذهما من الغنيمة وهو يجهل وزن ما فيها فيجوز أن يبيعها على ظن أنه باع بأكثر مما فيها .

يبين ذلك : أن أبا داود ذكر هذا الخبر ، ثم روى عن فضالة بن عبيد قال : « اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارًا فيها ذهب وخرز [(٨)] ، ففصّلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر [دينارا] [(٩)] ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ ، فقال : لا [تباع] حتى تفصّل » [(١٠)] ، فدل أن ذهب القلادة كان أكثر ، وهذا يبين : أن الوزن لم يعلم ، وعندنا أن الوزن إذا لم يعلم إلا بالتفصيل لم يجز البيع .

١١٢٩٦ - وقولهم : إن هذا خبر آخر غلط ؛ لأن راوي كل واحد من الخبرين

---

(١) في (م) ، (ع) : [يميز] .

(٢) مذهب الأحناف وجوب التمييز فيما لو باع شيئًا مختلطًا بغيره بعوض من جنسه ، وذلك لضمان تقدير التماثل بين المتجانسين وإعطاء زيادة في الثمن في مقابل ما اختلط به .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيما يقوله أولى ما نقول] ، مكان المثبت .

(٤) قاعدة : « العقود محمولة على العادة » .

(٥) في جميع النسخ : [حرز] بالحاء المهملة ، والصواب بالمعجمة .

(٦) في (م) : [لا سها] ، وفي (ع) : [لأنها] .

(٧ ، ٨) في جميع النسخ : بالحاء المهملة ، وهو تصحيف .

(٩) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١٠) هذا الحديث أخرجه مسلم بهذا اللفظ ، في « كتاب البيوع » ، « باب بيع القلادة فيها خرز وذهب » (٦٩٤/١) ، ط دار الفكر ، ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز » (٥٤٧/٣) ، الحديث (١٢٢٥) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب » (٢٧٩/٧) ، والبيهقي في « الكبرى « كتاب البيوع » باب « لا يباع ذهب بذهب مع أحد الذهبين شيء غير الذهب » (٢٩٣/٥) .

الصنعاني عن فضالة في بيع قلادة في يوم خيبر ، والظاهر أنها قصة واحدة .

١١٢٩٧ - وقد قال أصحابنا : إن قوله : « حتى تُفصَّل » تصحيف ، وإنما الخبر : حتى تفضل ، فيكون نص مذهبنا هو التمييز للتفضيل [١] .

١١٢٩٨ - فإن قيل : قد جعل عليه [الصلاة و] السلام الغاية التمييز ، وعندكم يجوز التمييز قبلها .

١١٢٩٩ - قلنا : إذا لم يعلم الوزن إلا بالتفصيل ؛ لم يجز البيع قبله ، كما أن عندكم الغاية لجواز العقد إذا وقع حكمه على جنس الذهب .

وإن أفرد كل واحد بعقد ، أو باع بعين الذهب جاز البيع قبل التمييز .

١١٣٠٠ - قالوا : جنس فيه الربا بيع مع غيره بشيء من جنسه ، فوجب أن يبطل العقد . أصله : إذا كان الثمن مثل الدين مع الثوب أو أقل .

١١٣٠١ - قلنا : يبطل إذا باع فضة وثوبًا بفضة يعلم عند العقد أنها إذا قسمت عليها أصاب الفضة مثل وزنها ، والمعنى فيه ، وهو الأصل : الأصل أن الفضة بجنسها يستحق منها المماثلة ، فإذا كان عوضها مثلها بقي الثوب لا عوض له فيكون ربا ، وليس كذلك إذا كانت الفضة المنفردة أكثر من الفضة التي مع الثوب ؛ لأن المماثلة فيها مستحقة ، فتكون بمثلها ويبقى الثوب ، وفي مقابلته عوض لو نص عليه بدلًا عنه جاز ؛ فحمل إطلاق العقد عليه تحريًا لصحته .

١١٣٠٢ - قالوا : الثمن [٢] إذا قابل شيئين مختلفي القيمة يقسط الثمن على القيمة لا على العدد ، أصله : إذا باع سيفًا مذهبًا [٣] .

١١٣٠٣ - قلنا : القسمة على القيمة إنما تكون فيما لا ربا فيه ، فأما ما فيه الربا فالقيمة [٤] لا تتعين بها ؛ لأن الشرع [أوجب] [٥] زيادتها متى كان العوض من

---

(١) في (م) ، (ع) : [تفصل] ، مكان : [تفضل] بالضاد المعجمة ، وقد ورد النص في جميع النسخ كما أثبتناه ، ويبدو أن سقطا ما وقع هنا ، ولذا أثبتنا هذه الزيادة التي تشير إلى مذهب الأحناف في الموضوع ؛ فعندهم أن بيع شيء مكون من جنسين في مقابلة أحد جنسيه لا يجوز إلا إذا تميز الجنسان المختلطان لضمان زيادة الجنس المقابل بهما عن مثيله .

(٢) في (م ، ع) : [التمييز] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وسقصا] ، مكان : [مسقطا] ولعل الأصوب ما أثبتناه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، في (ص) زيادة : [لا تتعين بها ، لأن الشرع أسقط القيمة بلون فيما لا ربا فيه . فأما فيه الربا بالقيمة] ولا محل لهذه الزيادة .

(٥) في النسخ : [أسقط] .

جنسها ؛ ولأن ما قالوه : إنما [١] يقسم على القيمة [٢] يؤدي إلى الفساد .

ولما أدت القسمة في مسألتنا إلى الفساد لم يمكن اعتبارها لما بينا أن القسمة تطلب [٣] لإحراز حقوق العقد ، فلا يجوز إثباتها على وجه يسقط الحقوق ويبطلها .

١١٣٠٤ – ولا يلزم إذا ابتاع عبدًا بألف نَسَاءً ، ثم باعه من بائعه مع عبد آخر بألف ومائة ؛ لأن القيمة تجعل [٤] ديون العقد من العبد الذي لم يبعه ، وإن بطلت الحقوق من الآخر .

* * *

(١) لفظ : [إنما] ساقط من (ع) .

(٢) حذفنا : [لأن ذلك] من الجملة الأخيرة المضطربة في المعنى لإقامته .

(٣) في (م) : [يطلب] . (٤) في (م) : [يجعل] .

مسألة ٥٨٨

إذا باع درهمين صحيحين بدرهم صحيح ودرهم غلة

١١٣٠٤ - قال أصحابنا : إذا باع درهمين صحيحين بدرهم صحيح ودرهم غلة [١] ، جاز ، وكذلك صاعا تمرٍ [٢] من نوعين بصاعين من نوع واحد [٣] .

١١٣٠٥ - وقال الشافعي : لا يجوز .

١١٣٠٦ - لنا [٤] قوله [عليه الصلاة و] السلام : « الفضة بالفضة مثلًا بمثل وزنًا بوزن » [٥] .

١١٣٠٧ - ولأنها عين لو اشتراها بالصحاح جاز ، فإذا اشتراها بالصحاح والغلة [٦] جاز ، كالثوب .

١١٣٠٨ - ولأن المماثلة من جهة الوزن وجدت في الموزون ، فصار كبيع الصحاح والغلة [٧] ولأن كل شيئين جاز بيعهما بشيئين من جنسهما متفقي الصفة جاز بيعهما بهما إذا كانا مختلفي الصفة ، كالثوبين وقفيزي جص [٨] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [علة] ، بالعين المهملة ، وهو تصحيف . والغلة : بالغين المعجمة المفتوحة وتشديد اللام : هي الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة ، فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ، ويأخذها التجار . راجع : المغرب ، مادة : « الغلة » ص٣٤٣ ، فتح القدير ، وبذيله العناية (١٥١/٧) ، حاشية ابن عابدين (٢٤٩/٤) .

(٢) في جميع النسخ : [صاعين تمر] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) قوله : [بصاعين من نوع] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، راجع المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الصرف » (١٥١/٧) ، البناية مع الهداية « كتاب الصرف » (٥٢٢/٧ ، ٥٢٣) ، مجمع الأنهر « كتاب الصرف » (١١٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الصرف » (٢٤٩/٤) .

(٤) لفظ : [لنا] ساقط من (م) .

(٥) أخرجه مسلم بطوله في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١٢/٣) الحديث (١٥٨٨/٨٤) .

(٦ ، ٧) في (م) ، (ع) : [العلة] ، بالعين المهملة ، وهو تصحيف .

(٨) في (م) ، (ع) : [وكقفيزين حص] ، مكان المثبت . الجص : بكسر الجيم ، مادة من مواد البناء الذي يطلى به الحائط وغيره ، يتخذ من حجر الجير بعد حرقه ، ومنه يقال لمن يصنعه أو يبيعه : جصاص . قال الفيومي : « وهو معرب » . راجع : لسان العرب ، مادة : « جصص » (٦٣٠/١) ، المصباح المنير ، في « الجيم مع الصاد وما يثلثهما » (٩٨/١ ، ٩٩) ، المعجم الوسيط (١٢٤/١) .

١١٣٠٩ - احتجوا : بأن البدل مختلف ، فانقسم عوضه على قيمته فصارت صحة الغلة [١] أولى من وزنها ، وهذا لا يجوز .

١١٣١٠ - قلنا : الجودة لا قيمة لها إذا قابلها جنسها فيما فيه الربا ، فلم يجز تقويم الغلة بصحاح أكثر منها [٢] .

١١٣١١ - فإن قيل : لا نسلم أن الشرع لم يجعل لها قيمة ، بدلالة : أن المستهلك للجياد [٣] لا يعطي الرديئة .

١١٣١٢ - قلنا : هذا هو الدليل ؛ لأن المستهلك لو أراد أن يعطي غلة [٤] أكثر من وزن الصحاح لم يجز ، وإنما لا يجوز أن يدفع الغلة [٥] ؛ لأنه يعطي غير الثابت في ذمته ، والشرع منع أن يتعوض عنها بأكثر منها .

١١٣١٣ - فإن قيل : لو باع مريض صحاحًا بغلة [٦] لم يجز إذا لم يخرج من الثلث ، فلولا أن الجودة فيه كان من رأس المال لما منع .

١١٣١٤ - قلنا : هذا العقد إذا لم يخرج النقصان من الثلث فسخ ، ليس [٧] لأن الجودة فيه لكن لأنه ممنوع [٨] من هذا القدر ، ألا ترى : أنه يقدر على بيعها ، كسيف فيه حق الورثة ، ولهذا المعنى : للورثة أن يفسخوا [٩] ، وليس لهم أن يطالبوه بإكمال البدل .

* * *

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [العلة] بالعين المهملة ، والمعنى أن تصحيح الدراهم المقطعة أثبت في الحكم على هذا الرأى من وزن هذه الدراهم .

(٣) في (م) ، (ع) : [للخيار] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٥) (م) ، (ع) : [العلة] .

(٦) (م) ، (ع) : [بعلة] ، بالعين المهملة .

(٧) لفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) : [مم] ، مكان : [ممنوع] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الورثة لم يفسخوا] ، مكان المثبت .

مسألة ٥٨٩

بيع المسلم الدرهم بالدرهمين في دار الحرب

١١٣١٥ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا دخل المسلم دار الحرب مستأمنًا فباع درهمًا بدرهمين جاز ، وكذلك إذا دخل بغير أمان ، وكذلك لو باع المستأمن من [(١)] حربي أسلم ولم يهاجر ، ففيه روايتان / .

١٣٤/أ

١١٣١٦ - قال أبو يوسف : لا يجوز ذلك [(٢)] ، وبه قال الشافعي [(٣)] .

١١٣١٧ - لنا ما روي أبا بكر الصديق ﷺ خاطر المشركين بمكة على أن الروم تغلب [(٤)] فارسًا ، وذكر ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ له : « زد في الخطر وأَبْعِد في الأجل ، والقمار حرام » [(٥)] .

١١٣١٨ - فلولا أن مال [(٦)] الحربي يجوز أخذه بكل سبب لم يُجِزْ له ﷺ ذلك ، يدل عليه : ما روي مكحول ، أن النبي ﷺ قال : « لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب » [(٧)] ، ذكر ذلك محمد بن الحسن .

---

(١) قوله : « المستأمن من » ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) راجع المسألة في : شرح كتاب السير الكبير « باب ما يكره إدخاله دار الحرب وما لا يكره » (١٤١٠/٤ ، ١٤١١) ، مسألة (٢٧٣٤) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط جريان الربا » (١٩٢/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣٨/٧ ، ٣٩) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٨٤/٧ ، ٣٥٨) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٣/٢ ، ٨٤) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٦/٤ ، ١٩٧) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء « باب الربا » (١٩٢/٤) ، فتح العزيز ، « كتاب البيوع » الباب الثاني في « الفساد بجهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٩/٨) ، المدونة في باب « الربا بين المسلم والحربي » (٢٧٩/٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب الصرف » (١٠/٢ ، ١١) ، المغني ، « باب الربا والصرف » (٤٥/٤ ، ٤٦) ، الإنصاف ، « باب الربا والصرف » (٥٢/٥) .

(٤) في (م) : [يغلب] .

(٥) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ، سورة الروم (١٤٧٨/٣) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢/١٤ ، ٣) ، تفسير القرآن الكريم لابن كثير (٤٢٢/٣-٤٢٤) ، وفتح القدير لابن الهمام (٣٩/٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : « أمان » ، مكان : « أن مال » .

(٧) في سائر النسخ : « أن نواس السلم والحرز في دار الحرب » ، مكان المثبت ، والمثبت من كتب الفقه ، الهداية ، العناية ، والبناية ، ، وفتح القدير ، والمغني لابن قدامة . راجعه في : الهداية مع فتح القدير ، والعناية ، والبناية مع الهداية « باب الربا » (٣٨٤/٧ ، ٣٨٥) الباب السابق ، والمغني ، « باب الربا والصرف » (٤٥/٤ ، ٤٦) .

١١٣١٩ - وقولهم : إنه مرسل لا يضرنا ؛ لأن المراسيل عندنا في الاحتجاج كالمسانيد .

١١٣٢٠ - ولا يقال : ظاهره الخبر ونحن نعلم أن الربا يوجد في دار الحرب ، وخبر النبي ﷺ لا يوجد بخلاف مخبره ، بقي أن يكون المراد به النهي ، فكأنه قال : لا تربوا . وهذا كقوله عليه [الصلاة و] السلام : « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » [1] ، وذلك لأن ظاهر اللفظ الخبر ، ولا يجوز صرفه إلى النهي إلا بدلالة ، وليس إذا انصرفنا عن الظاهر في المواضع التي ذكروها بحيث لا يترك الظاهر في غيرها !

١١٣٢١ - فأما قولهم : خبر النبي لا يوجد بخلاف مخبره : فليس صحيح ؛ لأن عندنا لا يوجد مخبر هذا الخبر بخلافه ؛ لأن الربا لا يوجد بين الحربي والمسلم في دار الحرب بحال [2] .

١١٣٢٢ - ولأن مال الحربي على أصل الإباحة ، وإنما مُنِع المستأمَنَ من أخذه ماله بعقد الأمان ، فإذا بذل له الحربي زال معنى الحظر بالرضاء ؛ فصار آخذًا للمال بأصل [3] الإباحة ، ولا يكون ذلك ربًا ؛ لأن الربا زيادة مستفادة بالعقد .

١١٣٢٣ - فإن قيل : وكان كذلك لم يجز رده بالعيب .

١١٣٢٤ - قلنا : لأن رده في دار الحرب بذلك تمليك بأصل الإباحة ، وإن اختصما في دار الإسلام لم يملك الرد ، ولا يحكم الحاكم بشيء من حقوق العقد .

١١٣٢٥ - فأما إذا دخل بغير أمان فماله غير محظور عليه ، بل يجوز له أخذه بغير رضاه ، فإذا أخذه بالعقد صار مملوكًا بمعنى الإباحة ، وهذا الظاهر في المتلصص لا سرقة .

١١٣٢٦ - فإن قيل : إنما أخذه بالعقد .

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (٩٢/٥) ، وأحمد في المسند ، (٤٣٩/٤ ، ٤٤٣) والترمذي في السنن « كتاب النكاح » باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار » (٤٢٢/٣) ، الحديث (١١٢٣) ، والنسائي في المجتبى « كتاب النكاح » ، « باب الشغار » ، وفي « كتاب الخيل » ، في « الجلب » (١١١/٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨) ، كما أخرجه النسائي في « كتاب الخيل » ، في « الجنب » (٢٢٨/٦) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « هذا حديث حسن صحيح ، وفي الباب عن أنس ، وأبي ريحانة ، وابن عمر ، وجابر ، ومعاوية ، وأبي هريرة ، ووائل بن حجر » . راجع تخريجه أيضًا في : هامش مصابيح السنة « كتاب البيوع » (٣٢٥/٢) ، الحديث (٢١٦٥) ، تلخيص الحبير « كتاب الزكاة » ، « باب أداء االزكاة وتعجيلها » (١٦١/٢ ، ١٦٢) ، الحديث (٨٣٠) .

(٢) لفظ : [بحال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لاصل] .

١١٣٢٧ - قلنا : إذا كان الأخذ مباحًا من غير عقد ، لم يعتد بالعقد ، كما لو باع المولى من عبده .

١١٣٢٨ - فإن قيل : لو كان كذلك لوجب [إذا تزوج خمس حربيات] أن [١] لا يصح النكاح ، وتكون الخامسة كمسروقة [٢] .

١١٣٢٩ - قلنا : لو وجدت الغلبة على [٣] رقبتها لكان كذلك ، ولملكها بالغلبة [٤] وإنما لا يجوز .

١١٣٣٠ - ولأن المسلم لو أتلف مال الحربي لم يلزمه ضمانه ، فإذا باع [درهمًا بدرهمين جاز ؛ أصله : إذا باع] [٥] المولى من عبده ، وهذا الوصف مسلم في المتلصص .

١١٣٣١ - ولأن كل شخصين لا يجري بينهما الربا في الجص [٦] ، لا يحرم بينهما في الدراهم والدنانير ، كالمولى وعبده [٧] .

١١٣٣٢ - ولأن ما لا يجري الربا فيه بين الحربي والمسلم في دار الحرب ، كالجِص [٨] والحديد .

١١٣٣٣ - احتجوا : بحديث أبي سعيد الخدري ، أن النبي ﷺ قال : « الدرهم بالدرهم ، والدينار بالدينار [٩] [لا فضل بينهما] » [١٠] ، ولم يفصل .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [أنه] ، مكان : [أن] .
(٢) في (م) : [الخامسات لمسرقة] ، وفي (ع) : [الخامسات مسرقة] .
(٣) في (م) ، (ع) : [العلية في] ، مكان المثبت .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالعلية] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [الحصّ] والحص : هو : التقسيم ومنه : الحصة .
(٧) قاعدة : [كل شخصين لا يجرى بينهما الربا في الجص لا يحرم بينهما في الدراهم والدنانير كالمولى وعبده] .
(٨) في (م) ، (ع) : [الحصّ] والجِص : الطلاء من الجير .
(٩) قوله : [والدينار بالدينار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) هذا الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب تحريم التفاضل في الجنس الواحد مما يجري فيه الربا مع تحريم النساء » (٥/٢٧٩) ، ومالك عن أبي هريرة في الموطأ ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينًا » (٢/٦٣٢) ، والشافعي من طريق مالك ، في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (٢/١٥٧) ، الحديث (٥٤٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق » (٣/١٢١٢) ، والطحاوي في السنن المأثورة للشافعي « كتاب البيوع » ص٢٦٥ ، الحديث (٢٢٠) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣/٢٥) ، الحديث (٧٦) .

١١٣٣٤ - والجواب : عندنا تمليك الدراهم بالدراهم] [1] لا يجوز فيه الفضل ، وفي مسألتنا : التملك لا يقع بالعقد ، وإنما يقع بالإباحة ، وهذا لا يتناوله الخبر .

١١٣٣٥ - قالوا : كل ما كان ربًا بين مسلمين كان ربًا بين حربي ومسلم ، كما لو دخل إلينا متلصصًا [2] .

١١٣٣٦ - قلنا : إذا دخل بغير أمان فعندنا هو فيء وماله فيء ، فإذا أخذه ملكه على وجه الغنيمة لا بحكم العقد .

١١٣٣٧ - قالوا : عقد فاسد فلا يملك ، كالنكاح .

١١٣٣٨ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأنه لا يملك عندنا بالعقد وإنما يملك بالأخذ على ما قررناه ، فإن حصلت الغلبة على رقبة المرأة ملكها .

١١٣٣٩ - قالوا : لا يخلو أن يملك العين (بوجه آخر مردود) ؛ لأنه قصد أن يملك بالعقد فلا يجوز أن يملك بغيره [3] .

١١٣٤٠ - قلنا : يبطل ببيع المولى من عبده .

١١٣٤١ - قالوا : إذا دخل الحربي إلينا بأمان ، لم يجز أن يبيعه المسلم درهمًا بدرهمين .

١١٣٤٢ - ومعلوم أن ماله كان مباحًا وإنما صار محظورًا بالأمان ، فإذا رضي زال الأمان ، كزوال الأمان بالتراضي في دار الحرب .

١١٣٤٣ - قلنا : إذا دخل إلينا الحربي بأمان فماله محظور ؛ بدلالة : أنه لا يجوز لأحد من الناس تناوله ، وإن [4] زال أمانه بانقضاء المدة لم يجز لنا أخذ ماله ، فدل أن ماله صار محظورًا بصفة ترجع إليه ، فما يملك [5] منه مستفاد لحكم العقد ؛ لأن الإباحة لا توجد ، وليس كذلك [6] الحربي ؛ لأن ماله ليس محظورًا لمعنى يرجع إلى المال ؛ بدلالة : أن لجميع الناس تناوله وأخذه ، فمعنى الإباحة قائم ، فيملك بها إذا زال معنى الأمان بالتراضي .

١١٣٤٤ - قالوا : روي عن ابن عباس ﷺ أن مشركًا قُتِلَ يوم الأحزاب ، فبعث

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قاعدة : « كل ما كان ربا بين مسلمين كان ربا بين حربي ومسلم ، كما لو دخل إلينا متلصصًا » .

(٣) في (م) ، (ع) : [لغيره] .

(٤) لفظ : [وإن] مكرر في (ع) .

(٥) في (ع) : [تملك] .

(٦) في (ص) : [لذلك] .

المشركون إلى رسول الله ﷺ ابعث إلينا بجسده ونعطيكم عشرة آلاف درهم ، فقال رسول الله ﷺ : « لا خير في جسده ولا في ثمنه (١) » .

١١٣٤٥ - قلنا : القتل كان في الخندق ، وذلك الموضع من دار الإسلام ، وخلافنا في دار الحرب .

١١٣٤٦ - ولأنه عليه [الصلاة و] السلام أراد أن يبالغ في إدخال الغيظ عليهم ويُخذِّل بهم ويسفر (٢) لعيبهم ، فلذلك امتنع من الأخذ .

* * *

(١) في (ع) : [ولا ثمنه] ، بحذف : [في] ، وبقية الحديث أنه أرسله إليهم ولم يأخذ منهم شيئًا ، ولم نقف عليه .

(٢) ويسفر لعيبهم : أي يكشف ويوضح عيبهم ؛ فهم غير مُتقوِّمين ولا مُتموِّلين .



مسألة ٥٩٠

بيع اللحم بالحيوان

١١٣٤٧ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : يجوز بيع اللحم بالحيوان كيفما كان [١] .

١١٣٤٨ - وقال محمد : يجوز على الاعتبار ، إذا كان اللحم من جنس لحمه [٢] .

١١٣٤٩ - وقال الشافعي : إذا باع اللحم بالحيوان من جنسه لا يجوز قولًا واحدًا ، وإن باعه بلحم من غير جنسه ، ففيه قولان .

١١٣٥٠ - وبيع الحيوان الذي لا يؤكل باللحم : على قولين [٣] .

١١٣٥١ - لنا : قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٤] .

١١٣٥٢ - ولأنه موزون بمعدود يجوز بيعه ، فصار كالثياب بالدراهم .

١١٣٥٣ - ولا يجوز الجوز بالجوز ولا بيعه جائز على الاعتبار ، وليس الكلام في أحوال العقد .

١١٣٥٤ - قالوا : الثياب ليس بأصل للدراهم ، فلذلك [٥] جاز بيعها بها ، والحيوان أصل اللحم .

---

(١) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق ، وفي جميع ، النسخ : [كيفًا بيد] ، مكان : [كيفما كان] ، والصواب ما أثبتناه ، ويكون معنى العبارة : يجوز بيع اللحم بالحيوان سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أولًا ، مساويًا لما في الحيوان أولًا . راجع : حاشية ابن عابدين (١٩٢/٤) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٦ ، ٧٧ ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣١١ ، ٣١٢ ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » (١٨٩/٥) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ، في « بيع اللحم بالحيوان » ص٧٨ ، ٧٩ ، المهذب مع المجموع « باب بيع العرايا » (١٩٥/١١) ، وما بعدها (٢١٣/١١) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٩٣/٤-١٩٥) ، فتح العزيز ، « كتاب البيوع » الباب الثاني في الفساد بجهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٧/٨ ، ١٨٨) ، كفاية الأخيار (٢٤٧/١ ، ٢٤٨) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٤٤/٣) .

(٤) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق . والآية من سورة النساء الآية (٢٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

١١٣٥٥ - قلنا : يبطل ببيع الحشف [(١)] بالتمر ، هو أصله ويمنع جواز البيع .

١١٣٥٦ - ولأن الحيوانين جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا ، فإذا جاز بيع أحدهما بالآخر جاز بيع أحدهما بأجزاء الآخر ، كالحنطة بدقيق الشعير .

١١٣٥٧ - ولا يلزم إذا باع شاة على ظهرها صوف بصوف أو في ضرعها لبن بلبن ؛ لأن البيع لا يجوز عندنا بحال ، والتعليل للعقد لا للأحوال .

١١٣٥٨ - ولأن ما جاز بيعه بالدراهم جاز بيعه بكل صنف من اللحم المباح ، أصله : سائر الأعيان [(٢)] .

١١٣٥٩ - فإن [(٣)] قالوا : بموجب العلة [(٤)] على أحد القولين إذا باعه بلحم من غير جنسه لم يصح في العلة الأولى ؛ لأنها عامة [(٥)] .

١١٣٦٠ - قلنا : فكلٌّ نوعٌ من اللَّحْم ؛ ولأن البيع [(٦)] يجري في كل واحد من البدلين على الانفراد ، فلو لم يجز بيع أحدهما بالآخر كان المانع ما في الحيوان من اللحم ، وذلك لا يجوز اعتباره ؛ لأن تناوله محرم في الحال فلو اعتبر في العقد أفسده لتحريمه ، فسقط المعيار ، فكأنه باع طعامًا لا لحم فيه .

١١٣٦١ - ولا يلزم إذا باع شاة في ضرعها لبن بلبن أو على ظهرها صوف بصوف ؛ لأن اللبن في الضرع لا يحرم تناوله ولا يمنع من الانتفاع به ، واعتباره لا يؤدي إلى فساد العقد .

١١٣٦٢ - احتجوا بحديث مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ أنه « نهي عن بيع الحيوان باللحم » [(٧)] .

١١٣٦٣ - قلنا : هذا مرسل ، وفي أصلكم أن المراسيل لا يحتج بها .

---

(١) في (م) : [الحسف] بالسين المهملة ، وفي (ع) : [الخشف] بالخاء المعجمة . والحشف : أردأ التمر ، وقال ابن الأثير : « الحشف : اليابس الفاسد من التمر » ، وقيل : الضعيف الذي لا نوى له « كالشيص » .

(٢) في (ع) : [الحيوان] ، مكان : [الأعيان] .

(٣) لفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) قوله : [والثالثة] زيائدة في (م) ، (ص) دون (ع) ، ولا معنى لها .

(٦) في (ص) : [المبيع] .

(٧) في سائر النسخ : [نهى عن بيع اللحم بالحيوان] ، بالتقديم والتأخير ، والمثبت من الموطأ ، وكتب الحديث .

١١٣٦٤ - فإن قيل : في قوله القديم : تقبل [١] مراسيل سعيد بن المسيب [٢] ؛ لأنه فتش [٣] عنها فوجدها مسانيد ؛ لأنه لا يرسل إلا عن الصحابة .

١١٣٦٥ - قلنا : فلا معنى لتخصيص سعيد ؛ لأن كل مرسل [٤] إذا وجد مسندًا فهو حجة وإن لم يعلم إسناده ، فكل شيء منع به من قبول المراسيل قائم في مراسيل سعيد بن المسيب [٥] .

١١٣٦٦ - فإن قيل : إذا وافق المرسل [٦] قول الصحابة فهو حجة ؛ لأن الظاهر أنه رجع إليه .

١١٣٦٧ - قلنا : إن كان قول الصحابي حجة فلا حاجة بنا إلى المراسيل ، وإن لم يكن حجة لم يصح به المرسل [٧] .

١١٣٦٨ - فقولهم : [٨] الظاهر أنه يرجع إليه ليس بصحيح ؛ لجواز أن يكون يرجع إلى غيره ، ثم قد روى في هذا الحديث ؛ لأن قوله : كتبته [٩] في هذا زائد فهو أولى .

١١٣٦٩ - ولأنه مفيدٌ صحةَ [١٠] حملِ المطلق عليه على أصلهم .

١١٣٧٠ - قالوا : لا يكون لتخصيص اللحم فائدة .

١١٣٧١ - قلنا : بل فيه فائدة صحيحة ؛ لأنه بين أن الذبح لم يخرجه من حكم الجنس فحرم النساء للجنس .

١١٣٧٢ - قالوا : رواه يزيد بن مروان [١١] عن مالك ، عن الزهري ، عن سهل ابن

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقيل] .

(٢) هو الفقيه المحدث : سعيد بن المسيَّب بن حزن ، أبو محمد القرشي المدني ، من كبار التابعين ، وأحد فقهاء المدينة السبعة ، ثقة ، روى عن عمر ، وعثمان ، وعلي ، وزيد بن ثابت ، وعائشة ، وغيرهم من أصحاب النبي ﷺ ، ولد في خلافة عمر ﷺ بالمدينة ، وتوفي ﷺ في سنة ثلاث وتسعين ، وقيل : أربع وتسعين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات للعجلي ص١٨٨ ، مشاهير علماء الأمصار ص١٠٥ الترجمة ٤٢٦ .

(٣) في (م) ، (ع) : [قيس] .

(٤) في (ط) ، (ع) : [مراسيل خبر] ، مكان : [مرسل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ابن المسيب] بحذف لفظ : [سعيد] .

(٦ ، ٧) في (م) ، (ع) : [المراسيل] . (٨) في (م) ، (ع) : [بقولهم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [كتبه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٠) في سائر النسخ : [مفيد] بالفاء .

(١١) في (م) ، (ع) : [يزيد بن هارون] وهو خطأ . وهو يزيد بن مروان الخلال ، قال عثمان الدارمي : =

سعد الساعدي [١] .

١١٣٧٣ - قلنا : هذا ، الحديث رواه القعنبي [٢] ، ومعن [٣] ، ومشاهير أصحاب مالك مرسلًا ، وكيف يقبل إسناده من يزيد بن مروان [٤] ، ويحيى بن معين يقول : إنه كذاب ، وليس عند أصحاب الحديث أوثق من حديث ابن المسيب [٥] .

= « سمعت يحيى (بن معين) يقول : يزيد بن مروان الخلال كذاب ، وقال عثمان : وقد أدركت يزيد بن مروان ، وهو ضعيف ، وقال ابن حبان : « شيخ من أهل بغداد ، روي عنه العراقيون ، كان ممن يروي الموضوعات عن الثقات ، لا يجوز الاحتجاج به بحال » . راجعه في : تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ص٢٣٥ ، الترجمة (٩١٣) ، كتاب المجروحين (١٠٥/٣) ، الكامل (٢٨٤/٧) ، الترجمة (٢١٨٢/١٢٩) ، كتاب الجرح والتعديل (٢٩١/٩) ، الترجمة (١٢٤٦) ، ميزان الاعتدال (٤٣٩/٤) ، الترجمة (٩٧٥٠) .

(١) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٠/٣ ، ٧١) ، الحديث (٢٦٥) ، وعزاه الغماري إلى أبي نعيم في حلية الأولياء (٣٣٤/٦) ، الحديث (٣٨٦) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » باب « تحريم التفاضل في الجنس الواحد مما يجرى فيه الربا مع تحريم النساء » (٢٩٦/٥) . راجع تخريجه أيضًا في : نصب الراية ، « كتاب البيوع » ، « باب الربا » (٣٩/٤) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية « كتاب البيوع » « الباب الثاني في بيوع الربا » (٢٠٥/٧ ، ٢٠٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [العصي] وهو تصحيف . القعنبي : هو عبد الله بن مسلمة بن قعنب الميمي الحارثي ، أبو عبد الرحمن القعنبي المدني ، سكن البصرة ، ثم مكة ، قال ابن فرحون اليعمري : « فهو من أعداد البصريين » . راجع ترجمته في : التاريخ الصغير (٣١٦/٢) ، تاريخ الثقات ص ٢٧٩ ، الترجمة (٨٨٨) ، المعارف لابن قتيبة ، في « أصحاب الحديث » ص ٢٢٨ ، الجرح والتعديل (١٨١/٥) ، الترجمة (٨٣٩) ، سير أعلام النبلاء (٢٥٧/١٠ - ٢٦٤) ، الترجمة (٦٨) ، تقريب التهذيب (٤٥١/١) الترجمة (٦٣٨) ، شذرات الذهب (٤٩/٢) .

(٣) هو معن بن عيسى بن يحيى بن دينار ، أبو يحيى القزاز المدني ، روى عن مالك ، وجماعة . روى عنه أحمد ابن حنبل ، وابن المديني ، وابن المعين ، والحميدي ، وسحنون ، وغيرهم . قال ابن فرحون اليعمري وكان ربيب مالك ، وهو الذي قرأ عليه الموطأ للرشيد ، وابنيه الأمين والمأمون . وخلف مالكًا في الفقه بالمدينة ، وله سماع من مالك معروفٌ ، وهو من كبار أصحاب مالك ، كان أشد الناس ملازمة لمالك ، وكان يتكئ عليه عند خروجه إلى المسجد حتى قيل له : « عصية مالك » وهو ثقة ثبت ، قال أبو حاتم « أثبت أصحاب مالك وأوثقهم معن بن القزاز ، مات رحمه الله بالمدينة في شوال ، سنة ثمان وتسعين ومائة . راجع ترجمته في : التاريخ الصغير (٢٥٩/٢) ، الجرح والتعديل (٢٧٧/٨ ، ٢٧٨) الترجمة (١٢٧١) ، سير أعلام النبلاء (٣٠٤/٩ ، ٣٠٥) الترجمة (٩١) ، تقريب التهذيب (٢٦٧/٢) الترجمة (١٢٩٨) ، شذرات الذهب (٣٥٥/١) .

(٤) في (ع) : « يزيد بن هارون » وهو خطأ .

(٥) في جميع النسخ : [عن حديث ابن المسيب] ، وقد اقتضى السياق إضافة ما بين القوسين ليستقيم المعنى ؛ إذ الثقة في مرويات سعيد بن المسيب إمام مدرسة المدينة في أواخر القرن الأول الهجري ثابتة مقررة بين كل من المحدثين والفقهاء .

١١٣٧٤ - ... [١] ولأنه يتعارض الحيوان ، فلا يكون الرجوع إلى ما قالوه أولى من غيره ، ألا ترى : أن عندهم الحكم المتعلق بالشرط نزل على ما عداه ، والخبر الذي يذكرونه : السُّنة تقتضي جواز النقد بعارض نطق الآخر .

١١٣٧٥ - ومن أصحابنا من حمل الخبر على الحيوان المذبوح إذا بيع باللحم ، واسم اللحم يتناول المذبوح في العرف ، يقال : فلان يأكل الحيوان على مائدة .

١١٣٧٦ - ولأن الحيوان إذا كان [٢] مستعملًا عندنا لا يجوز بيع الحيوان المذكور باللحم إلا على الأعيان .

١١٣٧٧ - فإن قيل : ذكر النيسابوري عن يحيى بن محمد ، عن [٣] عبد الرزاق ، عن معمر ، عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيب : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالشاة الحية » ، قال : زيد بن أسلم يقول : « نظرة أو يدًا بيد » [٤] .

١١٣٧٨ - قلنا : هذا نهي عن بيع لحم الشاة الحية إذا قال [٥] : بعتك عشرة أرطال من لحم هذه الشاة الحية .

١١٣٧٩ - ومن أصحابنا من حمل الخبر على ما روي : « أن النبي ﷺ [مر بحي من أحياء [العرب] [٦] يبيعون اللحم بالشاة [٧] ، فنهى عن بيع اللحم بالحيوان » [٨] ، والمراد بتلك الصفة التي يتبايعون بها .

---

(١) في جميع النسخ زيادة مكان النقط ، ونصها : « فإن قيل روى النيسابوري في الزيادات يجب أن يكون رسول الله ﷺ » ، وليس لهذه العبارة معنى في موضعها ، وقد نقلت خطأ من مكانها الذي سيأتي بعد بضعة أسطر في الصفحة نفسها .

(٢) في (م) ، (ع) : [إذا كان هذا] ، بزيادة : [هذا] .

(٣) في جميع النسخ : [محمد بن عبد الرازق] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) ، (م) : [زيدًا بيده] ، وفي (ع) : [يدًا بيد] ، بحذف : [أو] ، والمثبت من مصنف عبد الرزاق . والحديث رواه عبد الرزاق بهذا الإسناد واللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحي بالميت » (٢٧/٨) ، الحديث (١٤١٦٢) .

(٥) لفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) : [النباح] ، بدون النقط . وقد تكون النبّاح : وهو كما يطلق على الكلب ، يطلق على الأسد والتيس والظبي والحية ، وصدف بيض صغار تجعل في القلائد ويدفع بها العين . انظر اللسان (نبح) (٤٣٢٠/٦) .

(٨) تقدم تخريج أصل الحديث .

١١٣٨٠ - وقد أجيب (١) عن الخبر بأن معناه : نهي عن] (٢) بيع لحمٍ بالحيوان ، ويكون الباء ظرف مكان ، كما تقول : زيد بالبصرة .

١١٣٨١ - وهذا نظير ما روى : « أنه عليه [الصلاة و] السلام قدم المدينة [والناس] يُجبُّون [أسنام الإبل ويقطعون] أليات الغنم ، فقال [رسول الله ﷺ] (٣) ما قطع من حي فهو ميت (٤) » .

١١٣٨٢ - قالوا روى ابن عباس ﷺ ، « أن جزورًا نحرت على عهد أبي بكر الصديق فجاء رجل بعناق ، فقال : اعطوني جزءًا (٥) بهذا العناق ، فقال أبو بكر : لا يصلح هذا (٦) » .

١١٣٨٣ - قلنا : الظاهر أن أبا بكر ﷺ ، لا يحضر الجزائر ، وإنما هذه جزور نحرت

---

(١) في (م) ، (ع) : [أجبت] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) الزيادات من الكامل لابن عدي ، وفي (م) ، (ع) : [يجيؤن ألبان] ، مكان المثبت ، وهو تصحيف . الجَبُّ : بفتح الجيم المعجمة وتشديد الباء ، القطع ، وقال الليث : استئصال السنام من أصله . أي : يستأصلون أعلى ظهر الإبل . راجع : النهاية « باب الجيم مع الباء » (٢٣٣/١) ، المصباح المنير « الجيم مع الباء وما يثلثهما » (٨٦/١) .

(٤) في جميع النسخ : [ما أبين من حي فهو ميت] ، لم نعثر على هذا الحديث في كتب السنة بهذا اللفظ [ما أبين] ، كما لم نجد هذا اللفظ في كتب اللغة بمعنى قطع . راجع : المغرب ، مادة « ألبان » ص٥٧ ، المصباح المنير مادة « بين » (٦٩/١) ، المعجم الوسيط (٧٩/١) . روى هذا الحديث من وجوه ، الأول : أخرجه الحاكم في المستدرك « كتاب الذبائح » في « ماقطع من البهيمة وهي حية فهو ميت » (٢٣٩/٤) ، وأخرجه أبو داود في السنن « كتاب الصيد » ، « باب صيد قطع منه قطعة » (١١٠/٢) ، وأخرجه أحمد في المسند في « حديث أبي واقد الليثي » (٢١٨/٥) ، والترمذي في السنن (٧٤/٤) الحديث (١٤٨٠) . الثاني : رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب المناسك » ، باب « ما يقطع من الذبيحة » (٤٩٤/٤) ، الحديث (٨٦١١ ، ٨٦١٢) . الثالث : أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب الصيد » باب « ما قطع من البهيمة وهي حية » (١٠٧٢/٢) ، الحديث (٣٢١٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [جزروا] .

(٦) لفظ : [هذا] مكرر في (ص) . أخرجه الشافعي في مختصر المزني « كتاب البيع » في « بيع اللحم بالحيوان » ص٧٨ ، وأخرجه في الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الآجال » (٨١/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب بيع اللحم بالحيوان » (٢٧٩/٥) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحي بالميت » (٢٧/٨) ، الحديث (١٤١٦٥) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصيد والذبائح » (٢٤٥/٩) .

من إبل الصدقة لتفرق على المسلمين فامتنع أبو بكر من بيع لحمها لهذا المعنى .

١١٣٨٤ - فإن قيل : هذا تعليق للحكم بغير السبب المنقول .

١١٣٨٥ - قلنا : السنة المنقولة أن لحم ذلك الجزور لا يجوز بيعه ، وليس في اللفظ[١] عموم ، فإذا كان الجزور من إبل الصدقة فقد علقنا الحكم بالسبب .

١١٣٨٦ - فإن قيل : لو كان من إبل الصدقة لم يُتَعَرَّضْ لابتياعه .

١١٣٨٧ - قلنا : يجوز أن يكون لم يعلم بحاله ، أو لم يعلم أن لحم إبل الصدقة لا تباع .

١١٣٨٨ - ثم إن ابن عباس يخالف [ما] [٢] روى النيسابوري عن محمد بن يحيى ، عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن يحيى بن أبي كثير ، عن رجل ، عن ابن عباس أنه قال : « لا بأس أن يباع اللحم بالشاة [٣] » ، فقال النيسابوري : هذا إسناد غير مرضي ؛ لأن الرجل مجهول .

١١٣٨٩ - قلنا : أكثر الأحوال أن يكون مرسلًا ، فيصح الاستدلال به عندنا .

١١٣٩٠ - قالوا : جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه ، فوجب أن لا يصح ، أصله : إذا بيع الشيرج [٤] بالسمسم .

١١٣٩١ - قلنا : هناك الربا ثابت في العوضين ، وههنا في أحدهما ، فضعف حكم الربا في مسألتنا ، ويؤثر هناك ، فلم يصح اعتبار أحدهما بالآخر .

١١٣٩٢ - ولأن دهن السمسم لا يفسد اعتباره العقد ؛ لأنه مما يستباح ، واعتبار اللحم في الحيوان وهو ما لا يجوز استباحته [٥] قبل الذكاة يؤدي إلى فساد العقد ، فلذلك[٦] لم يجز اعتباره .

---

(١) في (ص) ، (م) : [الغلط] .

(٢) الزيادة من (ع) ، وفي (ص) : [رَوي] .

(٣) أخرجه عبد الرزاق بهذا الإسناد واللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » باب « بيع الحي بالميت » (٢٧/٨) ، الحديث (١٤١٦٤) .

(٤) الشيرج : بفتح الشين المعجمة : دهن السمسم . قال المطرزي : « الشيرج : الدهن الأبيض ، ويقال : للعصير ، والنبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضًا ، وتعريب شيره » . انظر : المغرب ص٢٤٧ ، المصباح المنير (٢٩٠/١) .

(٥) في (م) : [استباحة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

١١٣٩٣ - ولأن الأصل غير مسلَّم على الإطلاق [1] ؛ لأن بيع السمسم بالدهن يجوز عندنا على هذا الاعتبار .

١١٣٩٤ - قالوا : جنس فيه الربا بيع على غير [2] هيئة كمال البقاء بأصل [3] الذي فيه منه فوجب أن لا يصح كالحنطة بدقيقها .

١١٣٩٥ - قلنا : اعتبار هيئة كمال البقاء لا معنى له ؛ لأنه لو باع قديد اللحم بالحيوان لم يجز وإن كان على هيئة كمال البقاء .

١١٣٩٦ - ولأن الحنطة بدقيقها يجري الربا في طرفي [4] العقد ، وفي مسألتنا أحد الطرفين على ما قدمنا .

* * *

(١) قوله : [على الإطلاق] ساقط من (ع) .

(٢) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) لفظ : [بأصل] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [طرفي] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٥٩١

حكم ثمر النخل المبيع وقد أطلع

١١٣٩٧ - قال أصحابنا : إذا باع نخلًا قد أطلع [١] ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع [٢] .

١١٣٩٨ - وقال الشافعي : إن كانت أُبِّرَتْ [٣] [، لم تدخل في البيع ، وإن لم تؤبر ، فهي للمشتري ، وإن أبر بعض النخل دون بعض] [٤] ، لم يدخل في البيع المؤبر وغير المؤبر .

١١٣٩٩ - وهل تدخل [٥] الثمرة في الرهن ؟ فيه قولان ، الظاهر : أنها تدخل .

١١٤٠٠ - وهل يجوز بيع الطلع مفردًا قبل التأبير ؟ فيه وجهان . وطلع الفحل [٦]

---

(١) في (م) ، (ع) : [نخيلًا] ، مكان : [نخلًا] . وقوله : [أطلع] أي خرج طلعه . قال المطرزي : « والطلع » ما يطلع من النخلة ، وهو الكم قبل أن ينشق ، ويقال لما يبدو من الكم : طلع أيضًا ، وهو شيء أبيض يشبه لونه الأسنان » . راجع : المغرب في « الطاء مع اللام » ص٢٩٢ ، المصباح المنير (٣٥٤/٢) .

(٢) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب بيع أصول الشجر والنخل والثمار » ص٧٨ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١١/١ ، ٤١٢) ، المسألة (٢١٨٠) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » (١٦٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٣/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٥٦/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع» (١٤/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٣٨/٤ ، ٣٩) .

(٣) في جميع النسخ : [كان] ، مكان : [كانت] ، والأنسب ما أثبتناه . وقوله أبرت بالتخفيف والتشديد ، والتأبير أو الإبار في النخل هو التلقيح ، وهو أن يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل ليصلح إناثها ، قال الشافعي في الأم : « والإبار : التلقيح ، وهو أن يأخذ شيئًا من طلع الفحل فيدخله بين ظهراني طلع الإناث من النخل فيكون له بإذن الله صلاحًا » . راجع : الأم « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤١/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٨٨/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٣/٧) ، حاشية ابن عابدين (٣٩/٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) : [يدخل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [النخل] ، مكان : [الفحل] . والمراد بالفحل : الذكر الذي يلقح به حوامل النخل، وجمعه : فحول ، وفحولة ، وفحالة بالكسر . راجع : المغرب ص٣٥٢ ، لسان العرب ، مادة : « فحل » (٣٣٥٧/٥ ، ٣٣٥٨) ، المصباح المنير (٤٣٨/٢) .

إذا لم ينشق ، فيه وجهان ، أحدهما : أنه للمشتري ، والآخر : للبائع [١] .

١١٤٠١ - لنا : ما ذكره محمد في أصل الشفعة « أن النبي ﷺ قال : من اشترى أرضًا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » [٢] ، وهذا عام ؛ لأنها ثمرة فلا تدخل [٣] في بيع النخل إلا بشرط ، كالمؤبر [٤] .

١١٤٠٢ - ولأنها ثمرة لو أبرت لم تدخل في البيع ، فإذا لم تؤبر لم تدخل [٥] فيه ، كالبلح ، وإنما هو نماء مقصود لقطعه غاية ، فإذا ظهر لم يدخل في بيع الشجر إلا بالشرط . أصله : الجوز ، واللوز والرمان .

١١٤٠٣ - ولا يقال لا نسلم أنه قد ظهر ؛ لأن النماء هو الطلع ، وقد ظهر ذلك وإن لم يظهر ما فيه ، كالموز والرمان ، كل واحد منهما إذا ظهر وإن كان في وعاء .

١١٤٠٤ - ولا يلزم الأعصاب ؛ لأنه ليس بنماء مقصود ؛ ولأن لقطعه غاية .

١١٤٠٥ - ولا يلزم ورق التوت ؛ لأن من أصحابنا من قال : لا يدخل في بيع الشجر ؛ ولأن الورق لقطع بعضه غاية ؛ لأنه يوجد في وقت ثم يتولد من بعد فلا ينتفع به .

١١٤٠٦ - ولأن العقد وقع على الأصل ؛ فلم تدخل [٦] فيه الثمرة بإطلاقه ، أصله : ثمر سائر الأشجار .

١١٤٠٧ - ولأنها ثمرة يجوز إفرادها بالعقد ؛ فلم يدخل في إطلاق بيع الأصل ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤١/٣) ، مختصر المزني « باب بيع الثمر » ص٧٩ ، المهذب مع المجموع « باب بيع الأصول والثمار » (٣٢٦/١١) وما بعدها ، ٣٥٢ وما بعدها ، ٣٥٧ وما بعدها ، حلية العلماء « باب بيع الأصول والثمار » (٢٠١/٤ ، ٢٠٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٩/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب بيع الأصول » (١٣٩/٤) .

(٢) لم نجد هذا الحديث بهذا اللفظ في كتب الحديث . وقد أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل » (٥٥/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب من باع نخلًا عليها ثمر » (١١٧٣/٣) الحديث (٨٠) ، وأحمد في المسند (٩/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في العبد يباع وله مال » (٢٦٣/٢ ، ٢٦٤) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال » (٥٣٧/٣) الحديث (١٢٤٤) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « العبد يباع ويستثنى المشتري ماله » (٢٩٧/٧) . وراجع الحديث في : نصب الراية « كتاب البيوع » (٥/٤) ، فتح القدير ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٣/٦) ، البناية (٥٦/٧) .

(٣) في (م) : [فلا يدخل] .

(٤) في (م) : [كالموثر] .

(٥) في (م) : [لم يؤبر لم يدخل] .

(٦) في (م) : [فلم يدخل] .

أصله : ما ذكرناه .

١١٤٠٨ - ولأنه لو باع نخلًا قد أبر بعضه دون بعض ؛ لم يدخل ثمر الجميع في البيع . وكل شجرتين لو بيعتا لم تدخل ثمرتهما في العقد ، إذا أفردت كل واحدة بالبيع لم تدخل [١] ثمرتها في العقد ، أصله الموزونات .

١١٤٠٩ - وقد قالوا : إذا أفرد النخلة التي لم تؤبر فثمرتها للبائع ، فإن سلموا هذا جعلناه أصلًا .

١١٤١٠ - وإن قالوا : يكون للمشتري فقد أبطلناه بدليلنا . ولأن الثمرة مقصودة بالعقد يجوز إفرادها به وليست متصلة بأصل اتصال التأبيد ، فلا تدخل [٢] في إطلاق بيعه ، كالمؤبر [٣] .

١١٤١١ - والدليل على جواز إفرادها : أنها ثمرة يجوز بيعها مع الأصل ، فجاز إفرادها بالبيع ، كالمؤبرة .

١١٤١٢ - فإن قيل : المعنى في المؤبرة أنها ظهرت ، والتي لم تؤبر لم تظهر من أصل خلقتها .

١١٤١٣ - قلنا : الخلاف وقع في الطلع وهو ظاهر ، وإنما لم يظهر ما في جوفه وذلك لا اعتبار به كما أنه لا اعتبار لظهور الجوز ، بل قشره .

١١٤١٤ - احتجوا : بما روي مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر ﵄ ، أن النبي ﷺ قال : « من باع نخلًا قد أُبِّرَتْ فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع [٤] » .

١١٤١٥ - ورواه عطاء ، عن جابر ﵁ ، عن النبي ﷺ [٥] .

---

(١) في (م) : [لم يدخل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إيصال] ، مكان : [اتصال] ، [فلا يدخل] مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [كالموثر] .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله » (٦١٧/٢) ، الحديث (٩) ، والشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤١/٢) ، مختصر المزني ، « كتاب البيع » ، « باب بيع الثمر » ص٧٩ ، وأحمد في المسند ، « في مسند عبد الله بن عمر ﵄ » (٦/٢ ، ٦٣) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب من باع نخلًا قد أبرت أو أرضًا مزروعة ، أو بإجارة » (٢٤/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب من باع نخلًا عليها ثمر » (١١٧٢/٣) .

(٥) أخرجه أحمد من طريق عطاء بن أبي رباح ، عن جابر بن عبد الله مرفوعًا ، في « مسند جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه » (٣٠٩/٣ ، ٣١٠) ، والبيهقي من هذا الطريق ، ومن طرق أخرى ، في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في مال العبد » (٣٢٥/٥ ، ٣٢٦) .

١١٤١٦ - الجواب : أن الحكم إذا علق بوصف لم يدل على نفي ما عداه ، وكذلك إذا علق بشرط ، وهذا كثير في القرءان ؛ قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـٰقٍ ﴾ [1] ، وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ [2] .

وإنما يفيد هذا حكمَ المذكور ، والمسكوتُ عنه موقوفٌ على الدليل ، ثم التأبير [3] ليس هو التشقيق ، وإنما هو عبارة عن التلقيح ، وذلك غير معتبر بإجماع ؛ لأن عندنا الثمرة للبائع أُبِّرت أو لم تؤبر . وعند ابن أبي ليلى للمشتري في الوجهين ، وعند الشافعي : إن شُقِّقَتْ [4] فهي للبائع أُبرِّت أو لم تؤبر .

فأما ما ذكر في الخبر مجمع على تركه ، فكيف يصح التعلق به ، .

١١٤١٧ - فإن قيل : إنما ذكر عليه [الصلاة و] السلام التأبير ؛ لأنه لا يوجد إلا مع التشقيق .

١١٤١٨ - قلنا : فقد ترك الظاهر ، وزعمت أن الحكم تعلق بمعنى يوجد بوجود التأبير [5] ، يجوز أن يوجد دون الشرط المذكور ، وهذا عدول عن الظاهر فلم صرت بالظاهر أولى مع خصمك إذا قال : التأبير إنما أراد به عليه [الصلاة و] السلام الإثمار [6] ؛ لأن الثمرة إذا ظهرت أبرت ، فذكر التأبير لا يكون إلا في ثمرة ظاهرة في الحكم ، متعلق بمعنى يوجد عند صلاح التأبير ، كما قلت أنت : إن الحكم يتعلق بمعنى يرجع عند التأبير ، وهو الانشقاق ، فتساوى التأويلان وسقط التعلق بالخبر .

١١٤١٩ - احتجوا : « بأن [7] رجلين اختصما في ثمرة ، فقال أحدهما : أنا أبرت بعد [8] ما ابتعت ، وقال الآخر : أبرت قبل أن بعت ، فقضى بها رسول اللّٰه ﷺ للبائع الذي لقح » [9] .

١١٤٢٠ - قلنا : التلقيح لا يتعلق به الاستحقاق باتفاق ما قررنا ، فقضى بها رسول

---

(١) سورة الإسراء : الآية ٣١ .
(٢) سورة النور : الآية ٣٣ .
(٣) في (م) : [التأثير] .
(٤) في (م) ، (ع) : [شققه] .
(٥) في (م) : [التأثير] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأثمان] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن] ، بدون الباء .
(٨) الزيادة من تلخيص الحبير .
(٩) لم نجد الحديث بهذا اللفظ . وقد عزاه ابن حجر مرسلًا إلى البيهقي في تلخيص الحبير « باب الأصول والثمار » (٢٧/٣) ، ورواه الشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤٢/٢) ، رواه أحمد في المسند (٣٠/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٢٦/٤) .

الله ﷺ للبائع بسبب أوجب الاستحقاق اختلفنا فيه ، وذكر التلقيح على وجه البيان والتعريف ، كما يقال : قضى بها للبائع المدعي .

١١٤٢١ – فإن قيل : لولا أن التلقيح يتعلق به في الشرع الاستحقاق لم يختلفا فيه .

١١٤٢٢ – قلنا : إنما اختلفا في التلقيح ليس لما ذكرتم ، لكن ظن كل واحد منهما أن التلقيح لغير المطلع [1] على حاله / ، فَيَسْتحق به كما يستحق اللحم إذا شواه أو طبخه . ١٣٥/ب

١١٤٢٣ – قالوا : نماء لم يخرج من وعائه الذي يوجد خارجًا منه ؛ فوجب أن يتبع الأصل . أصله : اللبن في الضرع والحمل في بطن أمه .

١١٤٢٤ – قلنا : يبطل بالولد إذا انفصل في وعاء متصل بأمه ، فإنه لا يدخل في بيعها مع وجود ما ذكروه .

١١٤٢٥ – ولأن النماء قد يكون بالبُسر [2] فيوجد خارجًا من الوعاء ، وقد يكون نفس الطلع فيؤخذ [3] ويؤكل كما هو . والخلاف وقع في الطلع لا في البسر ، والطلع كالجوز الذي ظهر من الأصل وهو في [4] القشر .

١١٤٢٦ – وينتقض هذا بالنخل الذي لم يتشقق . والمعنى في اللبن والحمل : أن كل واحد منهما لا يصح إفراده بالبيع ، فكذلك بيع الأصل الذي يتصل به ، وليس كذلك الطلع ؛ لأنه نماء مقصود يجوز إفراده بالعقد وليس بمتصل [5] به اتصال تأبيد ؛ فلم يدخل به [6] في بيعه ، كالزرع في الأرض ، وثمرة سائر الأشجار [7] وإن لم يسلموا .

١١٤٢٧ – قلنا : نماء مقصود يجوز إفراد الأصل بالبيع دونه .

١١٤٢٨ – قالوا : نماء كامن لظهوره غاية [8] ؛ فجاز أن يكون قبل ظهوره تابعًا

---

(١) في (م) ، (ع) : وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [المطلق] .

(٢) البُسْرُ : « التمر قبل أن يرطب لغضاضته ، واحدته : بسرة . راجع : لسان العرب ، مادة « بسر » (٢٧٩/١) ، المعجم الوسيط (٥٥/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيوجد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٥) في (م) : [متصل] ، وفي (ع) : [متصلًا] ، بدون الباء .

(٦) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الشجر] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كامن بظهور وعاءه] ، مكان المثبت . كامن : أي مختفي ، كمن كمونا : توارى واستخفى ، يقال : كمن ، إذا استخفى في مكمن لا يفطن له ، ومنه الكمين من حيل الحرب . راجع : المغرب « الكاف مع الميم » ص ٤١٦ ، لسان العرب ، مادة « كمن » (٣٩٣٣/٥) ، المصباح المنير « الكاف مع الميم وما يثلثهما » (٥١٥/٢) .

لأصله في البيع ، أصله : الحمل .

١١٤٢٩ - قالوا : وقولنا « نماء » : احتراز من الدفين [١] ، و « كامن » : احتراز من الظاهر ، و « لظهوره [٢] غاية » : احتراز من الجوز ؛ لأنه أخذه من قشره لا غاية له ؛ لأنه لا يكون إلا بالكسر .

١١٤٣٠ - وقولنا « جاز أن يكون تابعًا » : احتراز مما يشقق بعضه دون بعض ؛ لأن التعليل للجواز .

١١٤٣١ - وقولنا « في البيع » : احتراز من الرهن .

١١٤٣٢ - والجواب : أن [٣] الاختلاف وقع في الطلع وهو نماء ظاهر ليس بكامن ، ونقول بموجب العلة ؛ لأن الطلع قبل ظهوره يتبع الأصل في البيع ، وهو إذا كان في قلب النخلة لم يظهر من ليفها [٤] ، فالمعنى في الحمل ما بينا .

١١٤٣٣ - قالوا : لو رهن نخلًا عليه طلع لم يؤبر [٥] ، تبعه في الرهن على أحد القولين ، وهو قول أبي حنيفة أيضًا .

١١٤٣٤ - فالرهن لا يزيل الملك والبيع يزيل الملك ، فإذا تبع الطلعُ [٦] الأصلَ في الرهن فالبيع أولى .

وربما حرَّروا ، فقالوا : ما دخل في الرهن دخل في البيع [٧] ، الدليل عليه : الولد .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن اعتبارنا [٨] بالدين الذي قالوه فاسد ؛ لأن الرهن إذا لم يزل الملك لم يكن من دخول الثمرة ضرر كبير [٩] ، والبيع إذا أزال [١٠] الملك ففي

---

(١) الدفين : أي المستتر ، الدفن : الستر ، والمواراة ، وإخفاء الشيء تحت التراب . راجع في النهاية « باب الدال مع الفاء » (١٢٦/٢) ، لسان العرب ، مادة : « دفن » (١٣٩٧/٢) ، المصباح المنير « الدال مع الفاء وما يثلثهما » (١٨٦/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والظاهرة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٤) الليف : بكسر اللام ، قشر النخل الذي يجاور السعف ، الواحدة : ليفة . راجع : لسان العرب ، مادة : « ليف » (٤١١٥/٥) ، المعجم الوسيط (٨٥٦/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يؤبر] ، في (ص) : [لو يؤبر] ، والمثبت الأولى .

(٦) في (م) ، (ع) : [بيع] ، مكان : [تبع] ، ولفظ : [الطلع] ساقط من (م) ، (ع) وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : « ما دخل في الرهن دخل في البيع » .

(٨) في (م) ، (ع) : [لاعتبارنا] ، مكان : [لأن اعتبارنا] .

(٩) في جميع النسخ : [كبير ضرد] ، بالتقديم والتأخير .

(١٠) في (م) ، (ع) : [زال] .

دخول الثمرة ضرر ، فلا يجوز أن يقال : لما دخلت في الرهن فالبيع مع زيادة الضرر أولى .

١١٤٣٥ – ثم الرهن استحقاقه يقع بالقبض ، فإذا لم يدخل [1] بقيت يد الراهن فيما سلمه ، فلم يوجد القبض [2] فيما يتميز عن يد المشتري ولا يصح الرهن ، وقد قصدا إلى تصحيحه فدخل في العقد ما لا يصح إلا به . والاستحقاق في البيع يقع بالعقد ، والقبض يستوفي به ما ملكه ، فثبوت اليد على الثمرة لا يقدح فيما وقع به الاستحقاق ، ولهذا سوى أصحابنا بين الثمرة المؤبّرة وغير المؤبرة .

١١٤٣٦ – قالوا : الثمرة تتبع [3] النخل في الإقرار ، فلذلك تتبعها في البيع .

١١٤٣٧ – قلنا : المقر لا ينقل [4] الملك في النخلة بإقراره ، وإنما يخبر عن ملك المقر له بها ، والمالك للنخلة مالك لثمرتها إلا أن تستحق عليه فصار إقراره بالأصل إقرارًا بما فيه ، والبيع نقل الملك في النخلة ، فجاز أن تنتقل في نفسها دون ثمرتها المؤبّرة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يدخل] بحذف : [لم] .

(٢) في (ع) : [بعد القبض] ، بزيادة : [بعد] .

(٣) في (م) : [يتبع] .

(٤) في (ع) : [لا ينتقل] .



مسألة ٥٩٢

حكم مؤنة قلع الزرع وقطف الثمر

١١٤٣٨ - قال أصحابنا : إذا باع النخل وفيه ثمر ، أو الأرض وفيها زرع ، كلف البائع [1] قلع زرعه وثمرته [2] .

١١٤٣٩ - وقال الشافعي : على المشتري تركها إلى حين يظهر صلاحها [3] ، ويستحصد الزرع ويتمكن من سقيه [4] إذا لم يفلح إلا بالسقي [5] .

١١٤٤٠ - لنا : أن ملك المشتري مشغول بملك البائع ، فكان عليه نقله عنه . أصله : إذا باع أرضًا فيها متاعه أو جملًا عليه رحله .

١١٤٤١ - ولأنه منتفع بملك المشتري على وجه يمكنه إزالته ، فصار كمن باع دارًا [هو ساكن [6] أمره بأن التسليم يجب على الوجه المعتاد ؛ بدلالة : أنه إذا باع دارًا] [7] فيها متاعه لم يلزمه نقله في الحال حتى يحضر الحمالين ، وينقله بالنهار دون الليل .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والأرض] ، [أو الأرض] ولفظ : [البائع] ساقط منهما .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ص٧٨ ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل : « وأما شرائط الصحة » (١٦٦/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله االعناية « كتاب البيوع » (٢٨٤/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٥٦/٧-٥٨) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٤/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٣٩/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صلاح الثمرة] ، مكان : [صلاحها] .

(٤) في (م) : [تبقيته] ، وفي (ع) : [سقيته] ، مكان : [سقيه] .

(٥) راجع المسألة في : الأم ، « كتاب البيوع » باب « ثمر الحائط يباع أصله » (٤٣/٣) ، مختصر المزني « باب بيع الثمر » ص٧٩ ، المهذب مع المجموع « باب بيع الأصول والثمار » (٣٩٤/١١ ، ٤٠٠) وما بعدها ، حلية العلماء « باب بيع الأصول والثمار » (٢٠٧/٤ ، ٢٠٩) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٢١/٩ ، ٥٤) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب بيع الأصول » (١٢٥/٤ ، ١٢٦ ، ١٤٣) ، المنتقى ، في « ما جاء في ثمر المال يباع أصله » (٢١٥/٤) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (٣٣٩/١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (٧٦/٤ ، ٧٧ ، ٨٤) ، الكافي لابن قدامة « باب بيع الأصول» (٧١/٢ ، ٧٢) ، الإنصاف « باب بيع الأصول والثمار » (٥٨/٥-٦٠) .

(٦) في (ص) : [ساكنًا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٤٤٢ - قلنا : لا يؤمر بنقله [١] في الحال إذا كان كثيرًا ؛ لأن ذلك غير ممكن .

فاعتبر الممكن في التسليم دون المعتاد ؛ لأن العادة أنهم كانوا يقطعون الثمرة قبل بلوغها ويقطعونها بالغة ، فقد وجدت إحدى العادتين فيجبر على النقل ، كما قالوا : إذا بدا صلاحها لم يلزم تركها على النخل إلى حين استحكامها وإن كان ذلك معتادًا ؛ لأنه وجدت إحدى العادتين [٢] .

١١٤٤٣ - قالوا : إذا انقضت الإجارة وفي الأرض زرع لم يُدْرِك لم يؤمر بقلعه ؛ لأن العادة أنه [٣] لا يسلم الأرض كذلك ، فدل على اعتبار العادة في التسليم .

١١٤٤٤ - قلنا : هناك التسليم مستحق على المستأجر ، ولهذا نوجب [٤] عليه أجرة بالتبقية [٥] ، ولو لم يستحق التسليم لم يجب أجرة أخرى .

١١٤٤٥ - والكلام في وجوب التبقية [٦] [بعوض لأجل منافع للتسوية بين الموضعين في وجوب التسليم] [٧] على أنا نقول : وجب التسليم ويثبت للحاكم حق العقد على هذه المنفعة بعوض [٨] مستأنف ، وعقد الحاكم كعقد المالك [٩] .

١١٤٤٦ - قالوا : كل منفعة مستثناة في عقد البيع كان لمالك [١٠] المنفعة استيفاؤها على المكان .

١١٤٤٧ - أو يقول : استوفيت بعد البيع على ما يستوفي قبل البيع ؛ أصله : من باع جارية مزوجة [١١] .

١١٤٤٨ - قلنا : هناك استثنى من العقد منفعة البضع ؛ فكان للزوج أن يستوفي المنفعة بكاملها ، وفي مسألتنا : لم يستثن البائع منفعة ، وإنما استثنى عينًا قائمة ويريد أن

---

(١) في جميع النسخ : [نقله] .
(٢) في (ص) : [القاذتين] .
(٣) في (ع) : [أن] .
(٤) في (م) : [يوجب] ، وفي (ع) : [وعلى هذا يوجب] ، مكان ولهذا نوجب .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالسقيه] .
(٦) في (م) : [التقية] ، وفي (ع) : [السقية] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [لعوض] .
(٩) في (م) ، (ع) : [المال] ، مكان : [المالك] ، قاعدة : « عقد الحاكم كعقد المالك » .
(١٠) في (م) ، (ع) : [المالك] .
(١١) في (م) ، (ع) : [من وجه] ، مكان : [مزوجة] .

يستوفي منفعة المبيع [1] لأجلها فلا يملك ذلك ، كما أن الزوج لما استثنى له المنفعة لم يستحق رقبة الولد ؛ لأنه عين وليس بمنفعة ، ولهذا نقول : لو اشترى فصيلًا لا يستغني عن الرضاع لم يستحق على البائع تمكينه من أمه ؛ لأنه عقد على عين فلم يستحق الانتفاع ، وإن كانت العين لا تصلح [2] إلا بذلك .

١١٤٤٩ – فإن قاسوا على من باع دارًا إلا بيتًا منها أنه يستحقه بطريقه لم نسلم ذلك ؛ لأن عندنا لا يستحق الطريق في الدار المبيعة إلا بالتسمية .

* * *

(١) لفظ : [المبيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [لا يصح] ، وفي (ع) : [لا تصح] ، مكان : [لا تصلح] .

مسألة ٥٩٣

بيع الثمرة قبل بدو صلاحها

١١٤٥٠ - قال أصحابنا : إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وهي مما ينتفع بها إذا قطعت ، جاز بيعها مطلقًا (١) .

١١٤٥١ - وقال الشافعي : لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع (٢) .

١١٤٥٢ - لنا : ما روي مالك ، عن نافع ، عن عمر رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (٣) » .

---

(١) قال العيني : « لا خلاف بين العلماء في جواز بيع الثمار بعد بدو الصلاح ، لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح ، فعندنا : هو أن تأمن العاهة والفساد - ذكره في المبسوط - ، وعند الشافعي : ظهور الصلاح بظهور التفتح ومبادئ الحلاوة . أما قبل بدو الصلاح إذا اشتراها مطلقًا يجوز عندنا ، وعند الشافعي ، ومالك وأحمد رحمهم الله : لا يجوز المبيع ، والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما ينتفع به بالإجماع . راجع : تحفة الفقهاء « باب البيع الفاسد وما يملك به وما لا يملك » (٥٥/٢) ، وفي البناية : وتفسير بدو الصلاح « كتاب البيوع » (٦٠/٧ ، ٦١) ، فتح القدير « كتاب البيوع » (٢٨٧/٦) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٥/٢) ، وفي المنتقى للباجي « في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٢١٧/٤) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » (١٦٣/٢) .

(٢) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . راجع المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٤٨/٣ ، ٤٩) ، مختصر المزني « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه » ص٨٠ ، المهذب مع المجموع ، « باب بيع الأصول والثمار » (٤٠٩/١١) وما بعدها ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٥٨/٩ ، ٥٩ ، ٦٠ - ٦٣) ، المنتقى ، في « النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٢١٨/٤) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، «(١٦١/٢ ، ١٦٢) ، الإفصاح ، « باب بيع الأصول والثمار » (٣٣٩/١) ، المغني ، « باب بيع الأصول والثمار » (٩٣/٤) ، الكافي لابن قدامة (٧٥/٢) ، الإنصاف ، « باب بيع الأصول والثمار » (٦٧/٥) .

(٣) هذا الحديث أخرجه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٦١٨/٢) ، الباب (٨) ، الحديث (١٠) ، والشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٤٧/٣) ، وأحمد في المسند (٧/٢ ، ٦٢ ، ٦٣) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (١١٦٧/٣) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي بيع الثمار قبل بدو صلاحها » (٢٤٨/٢) ، كما أخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الثمر حتى يبدو صلاحها » (٥٢٠/٣) .

ومعلوم أن الحِصْرِم [1] قد بد صلاحه ؛ لأنه لا ينتفع به [2] حِصِرما إلا على هذه الصفة .

١١٤٥٣ – ولأنها ثمرة يجوز بيعها بشرط القطع ، فجاز بيعها مطلقًا ، أصله : « إذا [3] احمرت واصفرت [4] .

١١٤٥٤ – ولأنه عقد بيع فلا يكون من شرطه قطع المبيع ، [أصله : إذا بدا صلاح بيعها .

١١٤٥٥ – ولأنها لو انفصلت جاز بيعها مطلقًا] [5] ؛ أصلها : الدالية [6] وعليها الثمرة التي ينتفع بها .

١١٤٥٦ – ولأن القطع يبين ملك المشتري من ملك البائع فلا يقف صحة العقد على شرطه ، كمن باع قفيزًا من صبرة .

١١٤٥٧ – احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » [7] .

« ونهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة ، قيل لابن عمر متى ذلك ؟ قال حتى تطلع الثريا » [8] .

---

(١) الحِصْرِم : بكسر الحاء المهملة وسكون الصاد وكسر الراء المهملة : العنب مادام حامضًا ، قال ابن منظور عن الأزهري : الحصرم ، حب العنب إذا صلب وهو حامض ، وعن ابن سيدة : الحصرم ، الثمر قبل النضج . وقال : الحصرمة بالهاء ، حبة العنب حين تنبت . راجع : لسان العرب ، مادة « حصرم » (٨٩٨/٢) ، المصباح المنير « الحاء مع الصاد وما يثلثهما » (١٣٣/١) .

(٢) قوله : [لأنه لا ينتفع به] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [التي] ، مكان : [إذا] .

(٤) قوله : [واصفرت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) قال المطرزي : « الدالية : جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز ، وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها » ، قال الفيومي : « خشب يصنع كهيئة الصليب ويشد برأس الدلو ثم يؤخذ حبل يربط طرف بذلك ، وطرف بجدع قائم على رأس البئر ويسقي بها » ، وفسرها أيضًا بالمنجنون ، والمنجنون تديرها البقرة ، والناعورة يديرها الماء ، وجمعها : الدوالي » . راجع : المغرب « الدال مع اللام ص١٦٧ ، لسان العرب ، مادة « دلا » (١٤١٧/٢) ، المصباح المنير « الدال مع اللام ما يثلثهما » (١٨٨١) ، المعجم الوسيط (٢٩٥/١) .

(٧) سبق تخريجه آنفًا في هذه المسألة .

(٨) أخرجه الشافعي في الأم ، « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٤٧/٣) ، وفي المسند (١٤٩/٢) ، الحديث (٥١٢) ، وفي السنن المأثورة ص٢٥١ ، الحديث (١٩٩) ، والطحاوي في =

وروى جابر رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ نهى [عن] [1] بيع الثمار حتى تشقح [2] » .

١١٤٥٨ - قالوا : فلا يخلو إما أن يكون نهى عن بيعها مع شرط القطع : وهذا لا يجوز بخلاف الإجماع ، أو بشرط الترك ، وذلك لا يجوز ؛ لأن [3] الخبر مطلق بولاية تبطل [4] حكم الغاية ، فعلم أن النهي تناول [5] إطلاق البيع .

١١٤٥٩ - الجواب : أن ظاهر الغاية أن يكون ما قبلها بخلاف ما بعدها ؛ ومعلوم : أن البيع يجوز قبل الغاية باتفاق إذا شرط القطع ؛ فمخالفنا ترك [6] الحكمة التي ذكرها رسول الله ﷺ ، وزعم أن الغاية شرط القطع ، فأما نحن فنقول : معنى الخبر : أن النبي ﷺ نهى عن بيعها مدركة قبل الإدراك ومحمرة قبل الاحمرار ورطبًا قبل البلاغ ، وهذه العادة لأنهم يبيعون الثمار بالغة قبل أن تبلغ فنهى رسول الله ﷺ عن هذا البيع حتى توجد الصفة ، فالحكم عندنا متعلق بالغاية المذكورة لا يصلح قبلها .

١١٤٦٠ - والظاهر مَغْنِيٌّ من وجهين ، أحدهما : تبقية ظاهر الغاية من غير تخصيص ، والثاني : أن الغاية في بيع الثمار ما ذكرناه ، فالنهي تناول معنى معقولًا معتادًا . يبين ذلك : « أنه نهى عن بيع العنب حتى يَسْوَدَّ » [7] ومعلوم أنه لا يكون قبل

= المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٢٣/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠٠/٥) ، وعزاه ابن حجر إلى الدولابي في تلخيص الحبير « باب البيوع المنهي عنها » (١٨/٣ ، ١٩) الحديث (١١٧٩) .

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يفسخ] ، وهو خطأ . قال المطرزي : « أشقح النخل وشقح إذا تغير البسر للاصفرار بعد الاخضرار » ، وفي لسان العرب : « وهو في لغة أهل الحجاز ، الزهو ، وأشقح النخل : أزهى ، وأشقح البُسر وشقَّح : لون واحمر وأصفر ؛ وقيل : هو أن يحلو » . راجع : المغرب « الشين مع القاف » ص٢٥٤ ، النهاية (٤٨٩/٢) ، لسان العرب ، مادة « شقح » (٢٢٩٦/٤) .

(٣) في (ص) : [لأنه] . (٤) في (م) ، (ع) : [يبطل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتناول] . (٦) في (ص) ، (م) : [تارك] .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن « باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢٤٩/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الثمر حتى يبدو صلاحها » (٥٢١/٣) ، الحديث (١٢٢٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع الطعام قبل ما يقبض » (٧٤٧/٢) ، الحديث (٢٢١٧) ، وأحمد في المسند (٢٢١/٣ ، ٢٥٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠١/٥) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « النهي عن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود إلخ ... » (١٩/٢) .

السواد عنبًا ، فعلم أنه نهى عن بيعه عنبا أسود وهو حصرم .

١١٤٦١ - وجواب آخر : أن هذا النهي كان على المشورة لا [على] [1] وجه التحريم ؛ بدلالة : ما ذكره أبو داود ، عن زيد بن ثابت « قال : كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جدَّ الناسُ وحضر تقاضيهم [2] ، قال المبتاع : قد أصاب الثمرة الدُّمَان ، وأصابه قُشامٌ ، وأصابه مُراض [3] ، عاهات يحتجون بها ، فلما كثرت خصومتهم [4] عند النبي ﷺ قال رسول الله ﷺ ، كالمشورة [5] يشير بها : « فأما ، لا : فلا تتبايعوا [6] الثمرة حتى يبدو صلاحها » ، لكثرة خصومتهم / واختلافهم [7] ، وإذا بين زيد بن ثابت أن النهي على طريق المشورة لبيان الأولى [8] سقط الاستدلال به . ١٣٦/أ

١١٤٦٢ - قالوا : لا يقبل قول زيد بن ثابت التخصيص .

١١٤٦٣ - قلنا : في كلام النبي ﷺ ما دل على ذلك ؛ لأنه روي عنه [9] أنه قال : « فأما لا ، فلا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » ، فكأنه قال : إذا كنتم تختصمون فلا تبايعوا [10] .

١١٤٦٤ - قالوا : كيف يحمل على التنزه والمشورة ، وقد قال [عليه الصلاة

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [حصره فاصيهم] ، وفي (ص) ، بدون نقط ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وجدَّ النخل : قطع تمره . راجع في المغرب « الجيم مع الدال » ص٧٧ .

(٣) في جميع النسخ : [الدمار] بالراء المهملة بدل النون ، وهو تصحيف . راجع : السنن الكبرى (٣٠٢/٥) ، المغرب « الدال مع الميم » ، القاف مع الشين » ص١٦٨ ، ٣٨٣ ، ١٤٢٨ .

(٤) في (م) ، (ع) : [كبرت حضر منهم] ، وهو تصحيف .

(٥) قوله : [كالمشورة] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [فأما إذا فلا تبيعوا] ، وفي (م) ، (ع) : [فأما فلا تبيعوا] ، والمثبت من كتب الحديث .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن « باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢٤٩/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (١٣/٣ ، ١٤) الحديث (٣٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في مال العبد » (٣٠١/٥ ، ٣٠٢) ، وأخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢٣/٢) . راجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٢٥٨/٧ ، ٢٥٩) ، الحديث (١٣٩٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الأولين] .

(٩) في (م) ، (ع) : [روى] ، مكان : [لأنه روي عنه] ، ولفظ : [لأنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فلا تبايعون] ، والصواب ما أثبتناه .

والسلام] (١) : « أرأيت إن منع الله الثمرة بم (٢) يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » (٣) .

١١٤٦٥ - قلنا : هذا التعليل راجع إلى من باع ثمرة مدركة قبل أن تدرك ، فيجوز أن يمنع الله بلوغها إلى حال الثمرة ، وإن رددنا هذا التعليل إلى من باع ثمرة لم تدرك (٤) على حالها .

١١٤٦٦ - ولأنهم كانوا يبيعونها بغير شرط ، وإذا لحقتها آفة رجعوا على البائع ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : « أرأيت إن منع الله الثمرة » حتى حدث بها ما منع كمالها ، ثم يستحل المشتري منع الثمن عن البائع ، فيصح [هذا التأويل على كلا التعليلين (٥) .

١١٤٦٧ - قالوا : روي عن ابن عباس ﷺ مثل قولنا (٦) .

١١٤٦٨ - قلنا : زيد يخالف ؛ لأنه لما لم يتأول الخبر على ما حكيناه عنه : دل أن البيع عنده جائز .

١١٤٦٩ - قالوا : فرده غيره بالبيع قبل أن يبدو صلاحها لا على شرط القطع ، فوجب أن لا يصلح البيع ، كما لو باعها بشرط التبقية .

١١٤٧٠ - قالوا : ولا يلزم إذا باع الثمرة من صاحب النخل (٧) ؛ لأن فيه وجهين .

---

(١) الزيادة أثبتناها لمقتضى المقام. (٢) في جميع النسخ : [تم] ، والصواب بالباء .

(٣) هذا جزء من حديث أنس بن مالك ، رواه مالك (٦١٨/٢) الحديث (١١) ، والشافعي من طريق مالك ، في الأم (٤٧/٣) ، وفي المسند ، « كتاب البيوع » الباب الأول « فيما نهي عنه من البيوع وأحكام أخرى » (١٤٨/٢) ، الحديث (٥٠٩) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، ثم أصابته عاهة فهو من البائع » (٢٣/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها على أن يقطعها ولا يتركها إلى أوان إدراكها » (٢٦٤/٧) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب وضع الجوائح » (١١٩٠/٣) ، الحديث (١٥ ، ١٦-١٥٥٥) .

(٤) في (ص) : [تمرة] ، وفي (م) : [لم يدرك] .

(٥) في (ص) : [كلى] ، وفي (م) ، (ع) : [كل] ، وفي هامش (ص) : [هذا التعليل على كلا التأويلين] من نسخة أخرى .

(٦) لعل المراد به ما رواه الشافعي من حديث ابن عباس ﷺ ، بلفظ : « لا يباع الثمر حتى يطعم » أخرجه في الأم ، « كتاب البيوع » ، « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤٧/٢) ، وفي المسند « كتاب البيوع » ، الباب الأول « فيما نهي عنه من البيوع وأحكام أخرى » (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، الحديث (٥١٥) ، والبيهقي في الكبرى ، في آخر « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠٢/٥) ، وابن ماجه بمعناه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض » (٧٤٩/٢) ، الحديث (٢٢٢٧) .

(٧) في (م) ، (ع) : [النخلة] .

١١٤٧١ - قلنا : ينتقض بالنخلة [١] إذا باع ثمرتها ، ولم يبد صلاحها [٢] ولم يشترط القطع .

والمعنى فيه : إذا باعها بشرط التبقية للانتفاع بملك البائع على وجه لا يوجبه العقد . وفي مسألتنا : أطلق بيع الثمرة ولم يشترط القطع ، فصار كشرط قطعها .

١١٤٧٢ - قالوا : إطلاق بيع الثمرة يقتضي تركها ، بدلالة : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « أرأيت إن منع اللّٰه الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه » ، فلولا أن الإطلاق يقتضي التبقية لم يصح هذا الكلام .

١١٤٧٣ - قلنا : وقد بينا أن النهي يتناول بيع الثمرة محمرة قبل احمرارها ، وهذا لا يكون إلا بشرط التبقية ، فلا يكون في التعليل لهم دليل ، فإن من ابتاع شيئًا في ملك البائع كان على المبتاع نقله وتحويله على ما جرت العادة به .

١١٤٧٤ - [و] [٣] الدليل عليه : من اشترى طعامًا من دار البائع ليلًا [٤] اقتضى التبقية حتى يجيء وقت النقل ، وهو النهار ؛ فإذا جاء النهار نُقِلَ على ما جرت العادة به .

١١٤٧٥ - ولا يقال له : انقله دفعة واحدة ؛ لأنه حَمْل ونقل على دفعات في العرف [٥] والعادة ، فكذلك ههنا : من ابتاع ثمرة أول ما طلعت لا ينتفع بها . لا يقال له في العادة : حول في الحال بل يدعها إلى الوقت الذي جرت العادة بالنقل فيه .

١١٤٧٦ - قلنا : إذا باع ثمرة لا ينتفع بها فالبيع لا يجوز عندنا ؛ لأنها لا تتقوم ، وإنما الكلام إذا كانت مما ينتفع بها إلا أنها لم تبلغ غاية الانتفاع . وهذا قد جرت العادة أن يقطع في الحال ، كالحِصْرِم والخلال [٦] ، وقد يترك ؛ فلم يكن إحدى العادتين أولى

---

(١) لفظ : [النخلة] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي العبارة اضطراب ، ونص ما جاء في النسخ جميعها : [ينتقض بالنخلة إذا سقطت وقتها ، لم يبد صلاحها ، فيبعد إجابة ، وإن لم يشترط القطع] ولا معنى لها .

(٢) من قوله : [إذا سقطت] إلى قوله : [إجابة] هكذا في جميع النسخ .

(٣) الزيادة من (ع) .

(٤) لفظ : [ليلًا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [حمال] وفي (ص) : حملًا والعادة : والحَمْل هو ما يحتاج إلى حمل ونقل . والعبارة ناقصة ، فزدنا ما بين القوسين ليستقيم المعنى .

(٦) في جميع النسخ : « الحلال » : بالحاء المهملة ، وصوابه بالمعجمة . الخلال : بالفتح ، البلح بلغة أهل البصرة ، واحدته خلالة ، قال ابن الأثير في تفسير حديث سنان بن سلمة « إنا نلتقط الخلال » ، يعني البُسر أول إدراكه . راجع لسان العرب مادة « خلل » (١٢٥٣/٢) .

من الأخرى .

١١٤٧٧ - ولأن العادة تجعل كالمشروط فيما يؤدي إلى صحة العقد .

١١٤٧٨ - فأما إذا أدى إلى فساده : فلا [1] . ألا ترى أن الناس يشترون الحطب على ظهر البهائم والشول [2] ، ويحمل ذلك في العادة إلى منازلهم ، فإذا أطلقوا العقد : جاز . ولا تجعل هذه العادة كالمشروطة حتى أفسد بها العقد ، كذلك في مسألتنا .

* * *

(١) قاعدة : « العادة تجعل كالمشروط فيما يؤدي إلى صحة العقد ، فإما إذا أدى إلى فساده فلا » .

(٢) في (م) ، (ع) : [الشو] ، وفي (ص) : [السول] ، بالشين المهملة ، وصوابه بالمعجمة . الشول : بفتح الشين ، الناقة التي خف لبنها وارتفع ضرعها . راجع : لسان العرب ، مادة « شول » (٢٣٦٣/٤) .

مسألة ٥٩٤ 

بيع الثمرة بعد بدء صلاحها مع شرط تركها على النخل

١١٤٧٩ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا باع ثمرة قبل (١) بَدء صلاحها ، وشرط تركها على النخل : بطل البيع (٢) .

١١٤٨٠ - وقال الشافعي : إذا شرط تركها جاز (٣) .

١١٤٨١ - لنا : « نهيه عليه [الصلاة و] السلام عن بيع وشرط » (٤) .

١١٤٨٢ - ولأنها ثمرة يجوز بيعها بشرط القطع ؛ فيبطل بشرط الترك ، أصله (٥) : التي لم يبد صلاحها .

---

(١) يقول الشوكاني ﷺ : « والأحاديث المذكورة في الباب تدل على أنه لا يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحها . وقد اختلف في ذلك على أقوال . الأول أنه باطل مطلقًا وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وهو ظاهر كلام الهادي والقاسم قال في الفتح : ووهم من نقل الإجماع فيه ... الثاني أنه إذا شرط القطع لم تبطل وإلا بطل ، وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك ونسبه الحافظ إلى الجمهور ... الثالث : أنه يصح إن لم يشترط التبقية وهو قول أكثر الحنفية قالو : والنهي محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلًا ... ولا يخفى ما في دعوى بعض هذه الإجماعات من المجازفة .. » راجع نيل الأوطار : (١٧٤/٥) .

(٢) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء - بعد أن بين أحكام بيع الثمار قبل بدو صلاحها- : « وأما إذا باع بعد بدو صلاحها مطلقًا أو بشرط القطع ، جاز ، ولو باع بشرط الترك لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف » .
راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي ص٧٨ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٢/١) ، المسألة (٤١٢) ، تحفة الفقهاء « باب البيع الفاسد وما يملك به وما لا يملك » (٥٥/٢ ، ٥٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٨/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٦٢/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٥/٢ ، ١٦) ، رد المحتار مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٤٠/٤ ، ٤١) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٤٣٣/٩ ، ٤٣٥) ، حلية العلماء (٢١٤/٤ ، ٢١٥) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٦٠/٩) ، نهاية المحتاج « فصل في بيان بيع الثمر » (١٤٥/٤) ، المنتقى « في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٢٢٠/٤) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (٣٤٠/١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (٩٨/٤ ، ٩٩) ، الكافي لابن قدامة « باب بيع الأصول » (٧٥/٢) ، الإنصاف « باب بيع الأصول والثمار » (٧٤/٥) .

(٤) أخرجه الخطابي في معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب شرط في بيع » (١٤٥/٣ ، ١٤٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » ، في « حكم من باع بيعًا واشترط شرطًا » (٣٢٤/٧ ، ٣٢٥) .

(٥) في (ص) : [أصلها] .

١١٤٨٣ - ولأن كل شرط يبطل بيع [1] الثمرة التي لم يبد صلاحها يبطل بيع التي بدأ صلاحها ، أصله : إذا شرط تركها حتى تصير ثمرًا [2] ، ولا يشترط الانتفاع بملك البائع بعد التسليم ، فصار كما لو اشترى طعامًا على أن يتركه في دار [3] البائع ؛ لأن الثمرة تزيد بالترك فقد شرط الأجزاء التي تحدث في الثاني ، فصار كبيع الثمرة التي لم تدرك .

١١٤٨٤ - احتجوا : بما روي عن [4] النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع الثمار حتى تُزْهِي ... حتى تَحْمَرَّ وتَصْفَرَّ » [5] ، وما بعد الغاية يخالف ما قبلها ، والظاهر أن بيعها يجوز بعد احمرارها في جميع الأحوال .

١١٤٨٥ - قالوا : ولأن نهيه عن البيع قبل الاحمرار قد يتناول البيع بشرط التبقية بإجماع ؛ فيجب أن يكون بعد الاحمرار حتى يكون ما بعد الغاية خلافَ [6] ما قبلها .

١١٤٨٦ - والجواب : أن النهي تناول بيعها محمرة قبل الاحمرار فإذا بدا صلاحها جاز بيعها محمرة [7] فما بعد الغاية عندنا خالف ما قبلها .

١١٤٨٧ - ولأن المنع قبل البلاغ إذا كان عَدِيم الاحمرار ، وإذا حمرت لم يمنع ذلك المعنى البيع . وأما أن يدل على جواز البيع بكل حال فلا ، يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾ [8] ، ظاهره يقتضي أنها إذا طهرت لم يمنع من وطئها بالحيض ، ولا يقتضي جواز وطئها بكل حال .

١١٤٨٨ - وأما قولهم إن نهيه عن البيع قبل الاحمرار قد اقتضى النهي عن البيع بشرط الترك بإجماع : فلا يصح ؛ لأن الخبر عندنا لم يتناول إلا بيعها محمرة [9] وهي خضراء ، أو بيعها عنبًا وهي حِصْرِم [10] ، فأما البيع بشرط البراءة فمعلوم بالإجماع لا

---

(١) في (ع) : [ببيع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثمرًا] ، بالثاء وهو تصحيف .

(٣) قوله : [دار] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في جميع النسخ : [أن] والصواب ما أثبتناه .

(٥) في جميع النسخ : [وحتى تحمر] ، بالعطف ، والصواب بدونه ؛ لأن « تحمر » تفسير : [تزهى] ، هذا جزء من حديث أنس بن مالك ﷺ الذي تقدم تخرجه في مسألة (٥٩٣) .

(٦) في (ص) : [خلافًا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بحمرة] .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .

(٩) في (م) ، (ع) : [بحمرة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [خضرة] .

بالخبر ، فلا يقتضي الغاية جوازه بعده ولم يدل الخبر عليه [١] .

١١٤٨٩ - قالوا : التسليم يعتبر فيه العادة ؛ بدلالة : ما ذكروه في بيع الطعام .

١١٤٩٠ - قلنا : العادة أن الثمار تُسَلَّم عند احمرارها وتقطع ، وقد تترك حتى تبلغ [٢] إلى أن تصير رطبًا ، وقد تترك حتى تصير [٣] تمرًا .

١١٤٩١ - فكما لو شرط تبقيتها حتى تصير [تمرًا أبطل العقد ، وإن كان ذلك معتادًا ، كذلك إذا شرط تبقيتها حتى تصير [٤] ، رطبًا وإن كان معتادًا .

* * *

---

(١) في (ع) : [عليه الخبر] بالتقديم والتأخير . (٢) في (م) : [يترك حتى يبلغ] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يترك حتى يصير] .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن لفظ : [كذلك] مطموس الأول ، يبدو مثل : [ذلك] ولا يستقيم المعنى به ، لعل الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٥٩٥

بيع الجوز واللوز والفستق والباقِلَّاء الأخضر في قشره

١١٤٩٢ - قال أصحابنا : يجوز بيع الباقِلَّاء الأخضر في قشره ، وكذلك[(١)] : الجوز ، واللوز ، والفستق [(٢)] .

١١٤٩٣ - وقال الشافعي : لا يجوز بيعه على الشجر ، ولا على الأرض حتى يخرج من قشره الأول [(٣)] .

١١٤٩٤ - لنا : نهيه عليه [الصلاة و] السلام : « عن بيع الثمار حتى تزهى » [(٤)] ، وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، وظاهره يقتضي : أن الزَّهْوَ [(٥)] إذا حصل جاز البيع .

١١٤٩٥ - ولأن الناس يتبايعون الباقلاء في سائر الأعصار من غير نكير ، فصار إجماعًا .

١١٤٩٦ - قالوا : الإجماع ما اتفق عليه قولًا .

---

(١) في (ص) ، (م) : [قشرته] ، وفي (ع) : [كذلك] ، بدون الواو . الباقلاء ، بالمد والقصر : الحب ، وفي المعجم الوسيط : نبات عشبي سنوي زراعي من فصيلة القطانيات الفراشية ، وفي لسان العرب : الباقلاء والباقلي : الفول .. إذا شددت اللام قصرت ، وإذا خففت مددت فقلت : الباقلاء ، واحدته باقلاة وباقلاءة » . راجع : المغرب « الباء مع القاف » ص٤٩ ، ولسان العرب ، مادة : « بقل » (٣٢٩/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٦٦/٧-٦٨) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٨/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٤٣/٤) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٥٠/٣-٥٢) ، مختصر المزني « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه" ص٨٠ ، المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٣٠٥/٩) وما بعدها ، حلية العلماء « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٩٩/٤ ، ١٠٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٨٢/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « فصل في بيان بيع الثمر » (١٥١/٤) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٥٩٣) ، وفي مسألة (٥٩٤) .

(٥) في جميع النسخ : [الزهر] ، بالراء المهملة بدل الواو ، وهو تصحيف . الزَّهْو ، والزُّهو بالفتح والضم : البُسر إذا حصل فيه الحمرة والصفرة ، روي بلفظ : « حتى يزهى » ، وبلفظ : « حتى يزهو » . قال ابن الأثير : « يقال : زها النخل يزهو إذا ظهرت ثمرته ، وأزهى يزهى : إذا اصفرَّ واحمرَّ ، وقيل : هما بمعنى الاحمرار والاصفرار ، ومنهم من أنكر : يزهو ، ومنهم من أنكر : « يزهى » ، قال المطرزي : « والزهو : الملون من البسر تسمية بالمصدر » . راجع : النهاية « باب الزاي مع الهاء » (٣٢٣/٢) ، لسان العرب ، مادة « زها » (١٨٨٣/٣) ؛ المغرب « الزاي مع الهاء » ص٢١٤ .

١١٤٩٧ - قلنا : وما اتفقوا عليه فعلًا وعملًا مثله ؛ لأن العمل استباحة ، كالقول .

١١٤٩٨ - فإن قيل : قد اتفقوا عملًا على أخذ أجرة المعلم .

١١٤٩٩ - قلنا : لا يشترطونه (١) في العادة ، وإنما يدفع إلى المعلم الصبيّ فيعلمه ، ثم يدفع إليه أجرته من غير (٢) شرط . وهذا يجوز عندنا ، فأما بيعهم المأكولات بغير إيجاب وقبول ، ودخولهم الحمام بغير شرط ولا تقدير مدة ، فقد دل فعلهم على الجواز عندنا .

١١٥٠٠ - ولأنها ثمرة ؛ فجاز بيعها على الصفة التي توجد من الشجر ، كالرمان والتفاح .

١١٥٠١ - ولأن ما جاز بيعه (٣) في قشر واحد جاز بيعه بما فيه هو ؛ أصله : الجوز في قشر واحد .

١١٥٠٢ - ولأن القشر الواحد يحفظ الباقلاء من الفساد ويحرس رطوبته (٤) ، فهو كقشر الرمان والموز .

١١٥٠٣ - احتجوا : بنهيه عليه [الصلاة و] السلام « عن بيع الغرر » (٥) .

١١٥٠٤ - هذا لا دلالة فيه ؛ لأنا بينا أن الغرر ما كان الغالب فيه عدم السلامة ، وهذا المعنى لا يوجد في الباقلاء (٦) ؛ لأن تسليمه ممكن وإن بيع في قشره فلا يتناوله الاسم .

١١٥٠٥ - قالوا : لا يعلم أنه صغار أو كبار وفيه اثنين أو ثلاثة .

١١٥٠٦ - قلنا : هذا غير مقصود بالبيع ؛ بدلالة : أنه لا يعتبر ، ولا يفتش عنه (٧) .

---

(١) في (ع) : [لا يشترطون] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بغير] ، مكان : [من غير] .

(٣) لفظ : [بيعه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) : [الباقلي بالقصر] . وقوله : [يحرس رطوبته] أي يحفظ رطوبته ، حرس الشيء يحرسه بضم الراء وكسرها ، حرسًا : حفظه . كذا في لسان العرب ، مادة : « حرس » (٨٣٣/٢) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) . ورواه مالك ، عن أبي حازم بن دينار ، عن سعيد بن المسيب مرسلًا ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع الغرر » (٦٦٤/٢) ، الحديث (٥٧) ، ومسلم عن طريق عبيد الله ، عن أبي الزناد ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة مرفوعًا ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر » (١١٥٣/٣) ، الحديث (٤-١٥١٣) ، والبيهقي في الكبرى « في آخر باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠٧/٥) .

(٦) في (ص) ، (م) : « الباقلي » .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا يعين] ، مكان : [ولا يفتش] .

١١٥٠٧ – ولأنه يعلم في العادة أنه كبار أو صغار في الجملة ، ولا يعلم [١] آحاده ، وهذا غير مقصود .

١١٥٠٨ – قالوا : المقصود مستور فيما لا مصلحة له فيه ؛ فوجب أن لا يجوز بيعه ، كتراب الصاغة أيضًا إذا بيع بجنس ما فيه .

١١٥٠٩ – قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن القشر الأخضر لا تبقى [٢] رطوبة الباقلاء إلا به ، فهو كقشر الرمان ، والقشر الأخضر على الجوز والفستق فيه مصلحته ؛ لأنه إذا بقي فيه لم يلحقه الفساد بطول المكث ، فإذا خرج منه لحقه الفساد ، ثم تراب الصاغة يجوز بيعه بغير جنسه عندنا فاستثناؤه لا يمنع عندنا ، فإذا بيع بجنسه لم يجز البيع لعدم المماثلة ، لا [٣] للاستتار .

١١٥١٠ – قالوا : حكم الجهالة يسقط في العقود فيما [٤] تدعو الحاجة إليه ، كالإجارات على ما لم يخلق ، وكالجوز واللوز في قشره الثاني ، وأما فيما لا حاجة إليه فلم يجز البيع فيه .

١١٥١١ – قلنا : لا نسلم ذلك على ما بيناه ، ثم القشر الثاني [٥] في الجوز لا حاجة إليه ؛ لأنه لا يفسد بالانفصال عنه إلا كما يفسد فيه ، ومع ذلك يجوز البيع داخل الصُّبَرِ [٦] ، يجوز بيعه من غير مشاهدة / ولا حاجة إلى ترك تقليبها [٧] . ١٣٦/ب

واللبن لا يجوز بيعه في الضرع ولا الحمل [٨] وله في بقائه في الوعاء مصلحة ؛ لأنه يحفظه من الفساد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا نعلم] ، بالنون وبدون الواو .

(٢) في (م) : [لا يبقى] .

(٣) لفظ : [لا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما] ، مكان : [فيما] . (خلقةً) : أي حال كونه في أصل الخِلْقَةِ .

(٥) قوله : [ثم القشر الثاني] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [الصبرة] . الصُّبرة ، بضم الصاد وسكون الهاء : الطعام المجتمع كالكومة ، جمعها : وفي لسان العرب : « الصبرة » ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن ، بعضه فوق بعض ، والصُّبرة : واحدة صُبر الطعام ، يقال : اشتريت الشيء صبرة ، أي بلا وزن ولا كيل . راجع : النهاية « باب الصاد مع الباء » (٩/٣) ، لسان العرب ، مادة « صبر » (٢٣٩٣/٤) ، المصباح المنير « الصاد مع الباء وما يثلثهما » (٣١٢/١) .

(٧) أي لا حاجة إليها طالما يجوز بيع الطعام داخل الصبر من غير مشاهدة ، ولا يضر إذا ترك التقليب .

(٨) الحَمْل : ما كان في بطن أو على شجر راجع اللسان مادة (حمل) .

ثم هذا الكلام لا يصح معنا . وعندنا يجوز بيع الأشياء وهي مستورة [١] بظروفها ولا حاجة تدعو [٢] إلى ذلك ، فكيف يصح لهم الكلام معنا في الحائل خلقةً [٣] ؟ .

* * *

(١) في (م) : [مسترورة] .
(٢) في (م) : [يدعو] .
(٣) في (م) ، (ع) : [كلام معنا في الحال] ، وفي (ص) : [خلقه] ، بالقاف ، مكان المثبت .



مسألة ٥٩٦

بيع الحنطة في سنبلها

١١٥١٢ - قال أصحابنا : يجوز بيع الحنطة في سنبلها [1] .

١١٥١٣ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز بيع الحنطة ولا الموز في كمامه ، ويجوز بيع الشعير في سنبله والذرة [2] .

١١٥١٤ - لنا : ما روي عن ابن عمر ﵄ أن النبي ﷺ « نهى عن بيع النخل حتى تزهو ، وعن [بيع] [3] السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » [4] ، ذكره أبو داود .

وروى حماد بن سلمة ، عن أبيه ، عن أنس : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب

---

(١) في مجمع الأنهر : « يجوز بيع البر والشعير والعدس حال كونه في سنبله إن بيع بغير جنسه ، وإن بيع بجنسه لا يجوز لشبهة الربا » ، قال البابرتي في العناية في شرح قول القدوري : يجوز بيع الحنطة في سنبلها : « بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا بيع الحبوب ، كالحنطة والباقلاء » . راجع المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٩٣/٦-٢٩٥) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٦٦/٧ - ٦٩) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٨/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٤٢/٤ ، ٤٣) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٥١/٣) ، مختصر المزني ، « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه » ص٨٠ ، المهذب مع المجموع ، « باب ما نهى عنه بيع الغرر وغيره » (٣٠٥/٩) وما بعدها ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (١٠٣/٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٨٣/٩) ، نهاية المحتاج « فصل في بيان بيع الثمر » (١٥٠/٤) ، المنتقى « في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٢٢٠/٤) ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٠ ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني « باب في البيع الشامل » ... (٢٥/٥) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (٣٤١/١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (١٠٤/٤ ، ١٠٥) .

(٣) في (ع) : [يؤبر] ، وفي (ص) ، (م) : [يزهى] ، مكان : [تزهو] ، وما بين المعكوفتين لا يوجد في سنن أبي داود .

(٤) أخرجه أحمد (٥/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع » (١١٦٥/٣ ، ١١٦٦) ، الحديث (٥٠-١٥٣٥) ، وأبو داود في السنن « باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢٤٨/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الثمر حتى يبدو صلاحها » (٥٢٠/٣) ، الحديث (١٢٢٦ ، ١٢٢٧) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « بيع السنبل حتى يبيض » (٣٧٠/٧ ، ٣٧١) ، والبيهقي في الكبرى « باب ما يذكر في بيع الحنطة في سنبلها » (٣٠٣/٥) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » (٣٠٨/٧) ، مسألة (١٤٣٤) .

حتى يَسْوَدَّ ، وعن بيع الحَبِّ حتى يشتد » [١] .

١١٥١٥ – وقوله : تفرد به حماد بن سلمة [٢] لا يصح ؛ لأن تفرد الثقة بالخبر لا يمنع قبوله .

١١٥١٦ – ولأنه يجوز بيعه إذا خرج من سنبله ؛ فجاز بيعه مع سنبله ، كالشعير .

١١٥١٧ – [ولأنه نوع حب ؛ فجاز بيعه مع سنبله ، كالشعير [٣]] .

١١٥١٨ – ولأن كل حالة يجوز فيها بيع الشعير جاز بيع الطعام ، أصله : إذا خرج من السنبل .

١١٥١٩ – احتجوا : « بنهيه عن بيع الغرر [٤] » ، وهذا غرر ؛ لأن الكمام [٥] قد تكون فارغة .

١١٥٢٠ – قلنا : قد بينا أن الغرر ما الغالب منه عدم السلامة [٦] ، وهذا لا يوجد في السنبل .

١١٥٢١ – وقولهم : قد يكون الكمام فارغة ، غلط [٧] ؛ لأن ذلك يعلم بمشاهدة السنبل ، ويوقف على قدر ما فيه في العادة [٨] .

---

(١) في جميع النسخ : [نهى عن بيع الحبة حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود] بالتقديم والتأخير ، وبزيادة الهاء في « الحب » ، والمثبت من كتب الحديث ، وقد تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٥٩٣) .

(٢) هو حماد بن سلمة بن دينار ، أبو سلمة البصري ، ابن أخت حميد الطويل ، ثقة ، عابد ، قال العجلي في الثقات : « ثقة رجل صالح حسن الحديث ، يقال : إن عنده ألف حديث حسن ليس عند غيره » ، قال ابن عدي في آخر ترجمته : « ولحماد بن سلمة هذه الأحاديث الحسان والأحاديث الصحاح التي يرويها عن مشائخه ، وله أصناف كثيرة كتاب ومشائخ كثيرة ، وهو من أئمة المسلمين : وهو كما قال على بن المديني : من تكلم في حماد بن سلمة فاتهموه في الدين ، وهكذا قول أحمد بن حنبل فيه » . قال البخاري : مات حماد بن سلمة سنة سبع وستين ومائة . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص١٣١ ، الترجمة (٣٣٠) ، الكامل (٢٥٣/٢-٢٦٦) ، الترجمة (٤٣١/٦٢) ، الجرح والتعديل (١٤٠/٣-١٤٢) ، الترجمة (٦٢٣) ، تقريب التهذيب (١٩٧/١) ، الترجمة (٥٤٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) تقدم تخريج حديث النهي عن بيع الغرر في مسألة (٥٦٣) .

(٥) الكِمُّ : بالكسر : هو غلاف الثمر والحب قبل أن يظهر ، جمعه : كمام ، واكمام . راجع في النهاية « باب الكاف مع الميم » (٢٠٠/٤) ، لسان العرب ، مادة : « كمم » (٣٩٣١/٥) .

(٦) قاعدة : « الغرر ما الغالب منه عدم السلامة » .

(٧) لفظ : [فارغة] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [على ما قدر فيه العادة] .

١١٥٢٢ - قالوا : قد روي « أنه نهى عن بيع الطعام حتى يفرك » [١] .

١١٥٢٣ - قلنا : معناه حتى يبلغ إلى حالة يتأتى فيه الفرك ، وهذا أولى ؛ لأنه موافق للخبر الآخر الذي قال فيه : « حتى يشتد » [٢] .

١١٥٢٤ - ولأن اللفظ واحد للإعرابين يوافق خبرًا صريحًا ، فالظاهر أن هذا الأصل الآخر [٣] غلط من الناقل في الإعراب .

١١٥٢٥ - ويجوز أن يقال : حتى يفرك ، ويراد به : أن يبلغ إلى حالة الفرك ، كما روي أنه عليه [الصلاة و] السلام « نهى عن بيع الثمار حتى يؤكل منها » [٤] ، ويكون ذلك حملًا للخبر على معنى متفق [٥] ، فأما إذا حملناه على وجود الفرك بطلت فائدة الغاية في قوله : « حتى يفرك » ، وحمل اللفظين على فائدة أولى من إسقاط أحدهما [٦] .

١١٥٢٦ - قالوا : المقصود مستور بما يدخر غالبًا إذا خرج ، فوجب أن لا يجوز ، كبيع تراب الصاغة إذا كان في بعضه فضة .

١١٥٢٧ - والجواب : ما بيناه [٧] .

* * *

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها » (٦٤/٨) ، الحديث (١٤٣٢١) ، وعنه أحمد في المسند (١٦١/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما يذكر في بيع الحنطة في سنبلها » (٣٠٣/٥ ، ٣٠٤) .

(٢) قال البيهقي في نفس المصدر وقوله : [حتى يفرك] إن كان بخفض الراء على إضافة الإفراك إلى الحب وافق رواية من قال : « حتى يشتد » ، وإن كان بفتح الراء ورفع الياء على إضافة الفرك إلى من لم يسم فاعله خالف رواية من قال فيه : « حتى يشتد » ، واقتضى تنقيته عن السنبل حتى يجوز بيعه ، ولم أر أحدًا من محدثي زماننا ضبط ذلك ، والأشبه أن يفرك بخفض الراء لموافقة معنى من قال « حتى يشتد » . راجعه أيضًا في : تلخيص الحبير (١٨/٣) ، الحديث (١١٧٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن هذا الأصل والآخر] ، مكان المثبت .

(٤) أخرجه مسلم بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه ، أو يؤكل » ، (١١٦٧/٣) ، الحديث (١٥٣٧/٥٥) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٢٥/٤) ، والبيهقي في الكبرى « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠١/٥) ، وأخرجه النسائي في المجتبى « باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه » (٢٦٤/٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [للخبرين يتفق] .

(٦) قاعدة : « حمل اللفظين على فائدة أولى من إسقاط أحدهما » .

(٧) يعني ما تقدم في مسألة (٥٩٥) .


مسألة ٥٩٧

ضمان ثمرة النخل التي باعها مشتريها على شجرتها فأصابتها جائحة

١١٥٢٨ – قال أصحابنا : إذا باع ثمرة النخل رجل من المشتري على شجرتها [1] فأصابتها جائحة ، كانت من ضمان المشتري [2] .

١١٥٢٩ – وقال الشافعي في قوله القديم : هي من ضمان البائع ، وسوى بين قليلها وكثيرها ، وبين أن يكون بآفة سماوية أو بفعل آدمي [3] .

١١٥٣٠ – وقال مالك رحمه الله : إن هلك [4] أقل من الثلث ؛ فمن ضمان [المشتري] [5] ، وإن هلك الثلث فصاعدًا بآفة من السماء فمن ضمان البائع [6] .

١١٥٣١ – لنا : ما روى أبو سعيد الخدري « أن رجلًا أصيب في ثمار ابتاعها على عهد رسول الله ﷺ فكثر دينه ، فقال عليه [الصلاة و] السلام للغرماء [7] : خذوا ما

---

(١) في جميع النسخ : [رجلًا من المشتري في بينها] ، مكان المثبت ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) الجائحة : الآفة ، قال ابن الأثير : « وهي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها » ، وقال الشافعي : « وجماع الجوائح : كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي » . راجع : الأم « باب الجائحة في الثمر » وفي « باب في الجائحة » (٥٨/٣ ، ٥٩) ، سنن أبي داود « باب في تفسير الجائحة » (٢٧١/٢) ، المحلى بالآثار « كتاب البيوع » في « حكم المبيع إذا هلك بعد تمام البيع » (٢٨٠/٧) ، النهاية « باب الجيم مع الواو» (٣١١/١ ، ٣١٢) ، لسان العرب ، مادة : « جوح » (٧١٩/٢) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الجائحة في الثمر » (٥٦/٣) وما بعدها ، مختصر المزني « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه » ص٨٠ ، ٨١ ، المهذب مع تكملة المجموع « باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع » (٩٠/١٣-٩٢) حلية العلماء « باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع » (٣٤٤/٤ ، ٣٤٥) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (١٠٠/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج ، « فصل في بيان بيع الثمر » (١٥٣/٤ ، ١٥٤) .

(٤) في (م) : [يملك] ، وفي (ع) : [يهلك] ، مكان : [هلك] .

(٥) في (ع) : [ففي] ، مكان : [فمن] ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : الكافي لابن عبد البر « باب وضع الجائحة » (٦٨٥/٢ ، ٦٨٦) ، المنتقى في « الجائحة في بيع الثمار والزرع » (٢٣٢/٤ ، ٢٣٦) ، بداية المجتهد في « القول في الجوائح » (٢٠١/٢ ، ٢٠٤)، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٦٥ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٣٦/١ ، ٣٣٧) ، الإفصاح (٣٤٢/١) ، المغني (١١٨/٤-١٢٠) ، الكافي لابن قدامة (٧٧/٢) ، الإنصاف (٧٤/٥ ، ٧٥) .

(٧) قوله : [للغرماء] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وجدتم ، ليس لكم إلا ذلك » [١] .

وروى : « فأمر أن يتصدق عليه ولم يأمرهم بوضع الجائحة » [٢] .

١١٥٣٢ – ولأنه قبض المبيع قبضًا استفاد به جواز التصرف ، فإذا تلف بسبب لم يكن في يد البائع كان من ضمان المشتري ؛ أصله : ما سوى الثمار إذا قبضها .

١١٥٣٣ – ولأنه تسليم يملك المشتري به التصرف في المبيع ، فخرج المبيع من ضمان البائع . أصله : إذا أخذ الثمرة [٣] وأصله : سائر المبيعات .

١١٥٣٤ – ولا يلزم : إذا باع عبدًا قد وجب عليه القصاص فقتل في يد المشتري ؛ لأنا احترزنا عنه في العلة الأولى بقولنا : تلف بسبب لم يكن في يد البائع ، والعلة الثانية عللنا لخروج المبيع من ضمان [٤] البائع ، والعبد عندنا خرج من ضمان البائع ، فإذا [٥] قتل بسبب كان في يده انفسخ فيه .

١١٥٣٥ – احتجوا : بحديث سفيان بن عيينة ، عن حميد بن قيس ، عن سليمان بن عتيق ، عن جابر ، أن النبي ﷺ « نهى عن السّنِينَ [٦] ، وأمر بوضع الجوائح » [٧] ، لم أحفظه عنه [٨] .

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب استحباب الوضع من الدين » (٣/١١٩١) ، الحديث (١٨/١٥٥٦) ، وأحمد في المسند (٣/٣٦ ، ٥٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب وضع الجائحة » (٢/٢٧١) ، والترمذي في السنن كتاب « الزكاة » ، « باب من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم » (٣/٣٥) ، الحديث (٦٥٥) ، والنسائي في المجتبى ، « كتاب البيوع » في وضع الجائحة (٧/٢٦٥) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه » (٢/٧٨٩) ، الحديث (٢٢٥٦) .

(٢) هذا معنى ما تقدم في حديث أبي سعيد الخدري ﷺ آنفًا .

(٣) في (م) ، (ع) : [ابلثمن] ، مكان : [الثمر] .

(٤) في (ع) : [يد] ، مكان : [ضمان] . (٥) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٦) قال ابن الأثير : « هو أن يبيع ثمرة نخله لأكثر من سنة » ، نهى عنه لأنه غرر ، وبيع ما لم يخلق . راجع في النهاية « باب السين مع النون » (٢/٤١٤) .

(٧) رواه الشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « في أول باب الجائحة في الثمرة » (٣/٥٦) ، وفي المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الأول فيما نهى عنه من البيوع وأحكام أخر » (٢/١٥١) ، الحديث (٥٢٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة » (٤/٣٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في وضع الجائحة » (٥/٣٠٦) ، وأحمد في المسند (٣/٣٠٩) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، باب في بيع السنين » (٢/٢٥٠) ، أخرجه مسلم في الصحيح في « كتاب البيوع » ، « باب كراء الأرض » (٣/١١٧٨) ، الحديث (١٠١) .

(٨) ذكره المصنف متصلًا ونحوه في المسند وهكذا أخرجه البيهقي (٥/٣٠٦) .

١١٥٣٦ - وهذا يُسْقِطُ الاحتجاج بالخبر ؛ لأن ذلك الكلام يجوز أن يغير الحكم فلا يمكن التعلق باللفظ ، ويحتمل أمر الكمال بوضع الجوائح عن مالك الثمار حتى لا يأخذوا عشرها ، ويكون ذلك الكلام الذي لم يحفظه سفيان دلَّ على هذا المعنى ، ويجوز أن يكون يبين ذلك الكلام حكم الثمرة قبل القبض وأمر بوضع الجوائح .

١١٥٣٧ - قالوا : روى ابن جريج ، عن أبي الزبير ، عن جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إن بعت من أخيك تمرًا [1] فأصابتها جائحة ، فلا يحل [لك] [2] أن تأخذ منه شيئًا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ [3] » .

١١٥٣٨ - قلنا : هذا محمول على ما حدث قبل القبض ، وأما [4] إذا قبض فقد دخل في ضمانه ، فإذا أخذ مال المشتري فقد أخذ بحق .

١١٥٣٩ - قالوا : العادة أن الثمرة تستوفي شيئًا بعد شيء ، فهو كمن استأجر دارًا فقبضها ثم هلكت المنافع .

١١٥٤٠ - قلنا : المنافع معدومة ، فلا يصح قبضها ، فلم تدخل في [5] ضمانه ، والثمرة غير [6] موجودة ، فصح نقلها ، فإذا استفاد جواز التصرف فيها بالقبض خرجت من ضمان البائع .

* * *

---

(١) في (ص) : [ثمرًا] بالثاء المثلثة . (٢) الزيادة من كتب الحديث .

(٣) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في السنن « باب في وضع الجائحة » (٢٧١/٢) ، وأخرجه مسلم بلفظ : « لو بعت من أخيك ثمرًا » (١١٩٠/٣) ، الحديث (١٤-١٥٥٤) ، والنسائي « في وضع الجوائح » (٢٦٥/٧) ، وابن الجارود في المنتقى في « أبواب القضاء في البيوع » ص١٦١ ، الحديث (٦٣٩) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة » (٣٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في وضع الجائحة » (٣٠٦/٥) ، وابن ماجه « في السنن « كتاب التجارات » ، « باب بيع الثمار سنين والجائحة » (٧٤٧/٢) ، الحديث (٢٢١٩) .

(٤) قوله : [قبل القبض] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٦) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .



بيع الثمرة على رؤوس النخل بخرصه تمرًا

١١٥٤١ – قال أصحابنا : لا يجوز بيع الثمرة على رؤوس النخل بخرصها تمرا [١] .

١١٥٤٢ – وقال الشافعي : يجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق ، وكذلك العنب بالزبيب ، وإن باع تسعة أوسق من اثنين صفقة جاز [٢] .

١١٥٤٣ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ « نهى عن بيع كل ثمرة بخرصها تمرًا [٣] ،

---

(١) وهذا البيع عرفه الحنفية بالمزابنة . قال محمد في الموطأ : المزابنة عندنا : اشتراء الثمر في رؤوس النخل بالتمر كيلًا ، لا يدري التمر الذي أعطى أكثر أو أقل ، والزبيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر » ، دون تفريق في ذلك بين مادون خمسة أوسق وما فوقه . راجع المسألة في : موطأ محمد « باب بيع المزابنة » ص٢٧٦ ، ضمن الحديث (٧٨٠) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط جريان الربا » (١٩٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤١٥/٦ ، ٤١٦) ، البناية مع الهداية « باب البيع الفاسد » (٢٠٤/٧ ، ٢١٠) ، مجمع الأنهر « باب البيع الفاسد » (٥٠/٢ ، ٥١) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب البيع الفاسد » (١١٤/٤) .

(٢) هذا نوع من البيوع يسمَّى بالعرايا . قال الشيرازي في المهذب : العرايا ، هو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصًا ، فإنه يجوز للفقراء ، فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجيء منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمرًا ويسلمه قبل التفرق ، وهل يجوز للأغنياء ، فيه قولان : أحدهما : يجوز ، والآخر : لا يجوز . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب العرايا » و « باب العرية » (٥٣/٣-٥٦) ، مختصر المزني « باب العرايا » ص ٨١، المهذب مع المجموع « باب بيع العرايا » (٢/١١) وما بعدها ، حلية العلماء « باب الربا » (١٧٤/٤-١٨٠) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٩٠/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب بيع الأصول » ، « فصل في بيان الثمر والزرع » (١٥٧/٤ ، ١٥٨) ، المدونة في كتاب « العرايا » (٢٧٢/٣) وما بعدها ، التفريع « باب بيع العرايا » (١٤٩/٢-١٥١) ، الكافي لابن عبد البر « باب العرايا » (٦٥٤/٢- ٦٥٦) ، المنتقى في « ما جاء في بيع العرية » (٢٢٤/٤-٢٣١) ، بداية المجتهد « كتاب بيع العرية » (٢٣٤/٢- ٢٣٧) ، الإفصاح « باب الربا » (٢٣٥/١-٣٣٦) ، المغني « باب الربا والصرف » (٥٦/٤ ، ٧٤) ، الكافي لابن قدامه « باب الربا » (٦٤/٢-٦٦) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (٢٩/٥-٣٣) .

(٣) ورد حديث النهي عن المزابنة والمحاقلة من وجوه مختلفة ، منها : ما أخرجه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة » (٦٢٥/٢) ، الحديث (٢٤) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع المزابنة (٢٢/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب كراء الأرض» (١١٧٩/٣) ، الحديث (١٠٥-١٥٤٦) .

والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة » (١) .

١١٥٤٤ - ولا يقال : أخبار الرخصة متأخرة عن هذا الخبر ، مستثناة منه (٢) وتخصيص له ؛ لأن أخبارهم متنازع في تأويلها ، فلم يترك بها خبر ثابت وأصول متفق عليها .

١١٥٤٥ - ولأنه بيع ثمرة (٣) بخرصها كبيع سائر الثمار (٤) .

١١٥٤٦ - ولأنها صفة لا يجوز العقد عليها فيما زاد على خمسة أوسق ؛ فلا يجوز فيما دونها من الأوسق ، كسائر الشرائط الفاسدة .

١١٥٤٧ - ولأنه باع رطبًا بتمر ؛ فلم يجز إذا لم يعلم المماثلة بالكيل . أصله : إذا كانا على الأرض .

١١٥٤٨ - فإن قيل : إذا كانا على الأرض لم يمكن الوصول إلى المماثلة كيلًا فلم يجز خرصًا .

وفي مسألتنا : لا يمكن ذلك ؛ لأنه يبطل إذا باع ثوبًا نسيجًا بالذهب (٥) ، لم يجز حتى تعلم المماثلة وزنًا ، وإن كان لا يتوصل إلى الحكم بها بالوزن .

١١٥٤٩ - ولأن كل عينين لا يجوز بيع إحداهما بالأخرى مجازفة لم يجز خرصًا ؛ أصله : الحنطة بالحنطة (٦) .

١١٥٥٠ - ولأن كل قدر لا يجوز بيعه بالتمر خرصًا على الأرض لا يجوز على رؤوس النخل ، أصله : ما زاد على خمسة أوسق .

١١٥٥١ - ولأن ما لا يجوز بيعه من اثنين ؛ أصله : « التمر بالتمر حزرًا (٧) » .

١١٥٥٢ - احتجوا : بما روى سفيان بن عيينة ، عن يحيى بن سعيد ، عن بشير بن

---

(١) أخرج مالك حديث النهي عن المزابنة والمحاقلة في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع المزابنة والمحاقلة » الحديث (٢٥) ، ومسلم في « باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا » (١١٦٨/٣) ، الحديث (٥٩-١٥٣٩) .

(٢) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [تمرة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الأثمار] .

(٥) قوله : [بالذهب] ورد في صلب (ص) وفي هامشها .

(٦) قاعدة : « كل عينين لا يجوز بيع إحداهما ؛ بالأخرى مجازفة لم يجز مبادلتهما خرصا » .

(٧) الحزر : تقدير الشيء بالظن والتخمين ، يقال : أنا أحزر هذا الطعام كذا وكذا قفيزًا ، وحزرت الشيء حزرًا ، قدرته . راجع : المغرب : الحاء مع الزاي » ص١١٣ ، المصباح المنير « الحاء مع الزاي وما يثلثهما » (١٢٨/١) ، لسان العرب ، مادة : « حزر » (٨٥٥/٢) .

يسار [١] ، عن سهل بن أبي حثمة [٢] « أن رسول اللّه ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر [٣] ، إلا أنه رخص [٤] في العرايا أن تباع بخرصها تمرا [٥] يأكلها أهلها رطبًا [٦] » .

١١٥٥٣ - قالوا : روى مالك ، عن داود بن الحصين ، عن أبي سفيان [٧] مولى ابن أبي أحمد ، عن أبي هريرة ، « أن رسول اللّه ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق [٨] ، [أو في خسمة أوسق] » ، شك داود .

وهذه الأخبار لا دلالة فيها [٩] لمخالفينا ؛ لأنا نخالفهم بيع العرايا في معناها ؛ فروى ابن سماعة ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : أن العَرِيَّة هي النخلة [١٠] يعروها الرجل الرجلَ ، يعني : يُحَصِّلُ ثمرتها له تلك السنة ثم يبتاع منه ثمرتها بخرصها تمرًا ، فيجوز عندنا ؛ لأنه لم يملك الثمرة قبل القبض ، فإذا أعطاه تمرًا بخرصها فكأنه وهب التمر ، ولا يكون ذلك بيعًا في الحقيقة وإن تناوله اسم البيع مجازًا .

١١٥٥٤ - والدليل على أن العرية النخلة التي وهبت ثمرتها : السنة ، واللغة .

فالسنة : ما روى حماد بن سلمة ، عن أيوب ، وعبيد اللّه ، عن نافع ، عن ابن عمر : « أن رسول اللّه ﷺ نهى البائع والمبتاع عن المزابنة [١١] » .

---

(١) في جميع النسخ : « بشر بن بشار » ، وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وهو : بشير ابن يسار الحارثي ، المدني فقيه ثقة . كذا في تقريب التهذيب (١٠٤/١) ، الترجمة (١٠٤) .

(٢) في (ع) : [خيثمة] ، وهو تصحيف .

(٣) في جميع النسخ : [التمر بالتمر] ، وكذلك في الأم ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : وفي مسند الشافعي : [أرخص] .

(٥) الزيادة من كتب الشافعي ومسلم .

(٦) رواه الشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع العرايا » (٥٤/٣) ، والمسند (١٥١/٢) ، الحديث (٥٢٠) ، ومسلم (١١٧٠/٣) ، الحديث (٦٧- ١٥٤٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في بيع العرايا » (٢٤٧/٢ ، ٢٤٨) ، والنسائي في المجتبى : « كتاب البيوع » في « باب بيع العرايا بالرطب » (٢٦٨/٧) .

(٧) في جميع النسخ : [أبيه سفيان] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٨) الزيادة من كتب الحديث . وقد رواه مالك في الموطأ « باب ما جاء في بيع العرية » (٦٢٠/٢) ، الحديث (١٤) ، والشافعي في « الأم » (٥٣/٣ ، ٥٤) ، ومختصر المزني ص٨١ ، والمسند (١٥١/٢) ، الحديث (٥١٩) .

(٩) لفظ : [فيها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [العلة] ، مكان : [النخلة] وهو تصحيف .

(١١) أخرجه الطحاوي بلفظه ، في معاني الآثار « باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة » (٣٤/٤) .

قال زيد بن ثابت ﷺ : ورخص في العرايا ، من [1] النخلة والنخلتين توهبان للرجل ، فيبيعهما بخرصهما .

وذكر زيد بن هارون ، عن سفيان بن حسين [2] : « أن العرايا نخل كانت توهب للمساكين [فلا يستطيعون أن ينتظروا بها] [3] ، فرخص لهم رسول الله صلى لله عليه وسلم [أن يبيعوها بما شاءوا من التمر [4] .

وروى معمر عن ابن [5] طاووس ، عن أبي بكر بن [6] محمد ، « أن النبي ﷺ] [7] أمر أصحاب الخرص أن لا يخرصوا العرايا ، قال : والعرايا أن يمنح الرجل من حائطه نخلًا ، ثم يبتاعها [8] الذي / منحها من الممنوح بريعها كاملًا [9] .

١٣٧/أ

وروى ابن [10] علية ، عن أيوب ، قال الليث عن عطاء بن أبي رباح ، أنه قال : « رخص لأصحاب العرايا أن يبيعوها من أهلها الذين أعروها » [11] .

---

(١) في جميع النسخ : « ورخص » ، بالعطف و « من » ، مكان : « في » ، والمثبت من معاني الآثار . وأضاف الطحاوي بعد أن ذكر قول زيد بن ثابت ﷺ بهذا اللفظ : « فهذا زيد بن ثابت ﷺ وهو أحد من روى عن النبي ﷺ الرخصة في العرية فقد أخبر أنها الهبة » ، في نفس المصدر .

(٢) في جميع النسخ : « الحسين » بالألف واللام ، الصواب كما أثبتناه من صحيح البخاري بدونهما . هو : سفيان بن حسين بن حسن ، أبو محمد ، أو أبو الحسن الواسطي ، ثقة ، مات ﷺ مع المهدي بالري ، وقيل : في أول خلافة الرشيد ، كذا في تقريب التهذيب (٣١٠/١) ، الترجمة (٣٠٣) . (٣) الزيادة من صحيح البخاري .

(٤) في (م) ، (ع) : [تمرة] وفي (ص) : [تمر] ، والمثبت من صحيح البخاري . ذكره البخاري بهذا اللفظ ، عدا « أن » في الأول ، وقوله « رسول الله ﷺ » في الوسط ، في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب تفسير العرايا » (٢٢/٢ ، ٢٣) .

(٥ ، ٦) لفظ : [ابن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [فيبتاعها] .

(٩) هذا الحديث رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب الزكاة » ، « باب الخرص » (١٢٦/٤) ، الحديث (٧٢١٠) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الزكاة » في ما ذكر في خرص النخل (٨٥/٣) ، الحديث (٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الزكاة » ، « باب من قال : يترك لرب الحائط قدر ما يأكل هو وأهله » (١٢٣/٤) .

(١٠) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) رواه أحمد بهذا المعنى بلفظ : « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة ، إلا أنه رخص لأهل العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها » في المسند (١٩٠/٥) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا » (١١٦٩/٣) الحديث (٦٠) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك » (٥٨٥/٣) ، الحديث (١٣٠٠) .

وروى سهل بن أبي حثمة « أن رسول اللّه ﷺ بعث أبا حثمة خارصًا فجاء رجل ، فقال : يا رسول اللّه إن أبا حثمة زاد عليَّ ، قال [١] : فدعا رسول اللّه ﷺ أبا حثمة [٢] ، فقال : إن ابن عمك [٣] يزعم أنك قد زدت عليه ، قال : لقد تركت له قدر عرية أهله وما يطعم المساكين » [٤] .

وروى مكحول الشامي ، أن رسول اللّه ﷺ قال : « خففوا في الخرص [٥] فإن في المال العرية والوصية [٦] » .

١١٥٥٥ – وترك الخرص في العرية : إنما [٧] هو لأنها صدقة ، فلا تؤخذ [٨] الصدقة فيها ، فهذه السنة .

١١٥٥٦ – وأما اللغة : فقال أبو عبيد [٩] : العرايا واحدها عرية ، وهي النخلة يُعرِيها صاحبها رجلًا [محتاجًا] [١٠] ، والإعراء : أن يجعل له ثمرة عامها [١١] ، فرخص لرب النخل أن يبتاع [١٢] ثمرة تلك النخلة من المعرى بثمن لموضع حاجته .

قال : أبو عبيد : للعرى [١٣] أربعة أسماء يضعها في موضع العارية فيقع بها المدفوعة [١٤] إليه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقال] .

(٢) في (م) ، (ع) : [خيثمة] ، في الأماكن الأربعة .

(٣) في (م) ، (ع) : [عمار] ، مكان : [عمك] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب الزكاة » في آخر « باب في قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار » (١٣٤/٢ ، ١٣٥) ، الحديث (٢٧) .

(٥) في جميع النسخ « في الخرص » ، وفي معاني الآثار ، مكانه : « في الصدقات » .

(٦) أخرجه الطحاوي في المعاني « باب العرايا » (٣٣/٤ ، ٣٤) ، وابن أبي شيبة (٨٥/٣) الحديث (٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وإنما] ، بزيادة الواو .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا يؤخذ] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أبو عبد اللّه] ، وهو تصحيف .

راجع ترجمة أبو عُبيد الهروي ، في سير أعلام النبلاء (١٤٦/١٧ ، ١٤٧) ، الترجمة (٨٨) .

(١٠) الزيادة من لسان العرب .

(١١) راجعه بهذا للفظ في لسان العرب ، مادة « عرا » (٢٩٢١/٤) .

(١٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [فباع] ، مكان : [أن يبتاع] .

(١٣) في جميع النسخ : [للعرب] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٤) في (م) ، (ع) : [المدفوع] .

١١٥٥٧ - والأصل في ذلك كله أنها [(١)] ترجع إليه ، وهي المنحة ، والعرية ، والأفقار [(٢)] ، والأكيال ، ولهذا قال حسان بن ثابت [(٣)] .

ليست بسنهاءَ ولا رُجَّبِيَّةٍ ولكِنْ عَرايا في السِّنينَ الجوائحِ [(٤)]

فيمدح بأن يجعل الأنصار عرايا ، وإن كانت العرايا [(٥)] ما أفردت للأكل ، فالبيع [(٦)] لم يمدح بذلك وإنما يمدح بالتبرع والصدقة .

١١٥٥٨ - وإذا دلت السنة واللغة على ما قال أبو حنيفة في معنى العَرِيَّة ، كان معنى الخبر : ما رُوي ، أن الرجل كان يعرى المحتاج النخلة والنخلتين من حائطه [(٧)] ، وكان أهل المدينة إذا جاءت الثمرة خرج الرجل بأهله إلى حائطه ، فإذا جاء المعرى ثقل على صاحب الحائط دخوله على أهله فرخص لهم في دفع خرص ثمرتها حتى يصل المعرى إلى حاجته [(٨)] ، ولا يستضر صاحب الحائط دخوله عليه ، فلم يكن لمخالفنا في ذلك حجة .

١١٥٥٩ - فإن قيل : فهذا ليس ببيع .

١١٥٦٠ - قلنا : حملنا العرية على حقيقتها والبيع على مجازه ، وحملتم البيع على حقيقته والعرية على ما خالف السنة واللغة ؛ فتساوينا في ترك الظاهر .

١١٥٦١ - وقولهم : إن أبا عبيد قال : العرية عبارة عن الإفراد ، ليس بصحيح ؛ لأنا حكينا كلام أبي عبيد ، وما ذكروه من الإفراد [(٩)] لم يذكره .

---

(١) في (م) : [فله أنها] ، وفي (ع) : [فله أن] ، مكان : [كله أنها] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الأفعار] ، بالعين المهملة .

(٣) هو حسان بن ثابت أبو الوليد الأنصاري الخزرجي المدني ، شاعر الرسول ﷺ وصاحبه ، توفي ﷺ في سنة أربع وخمسين ، قيل : سنة أربعين . وفي اللسان البيت منسوب إلى سويد بن الصامت الأنصاري راجع (٢٩٢٠/٤) مادة (عرا) . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٥١٢/٢- ٥٢٣) ، الترجمة (١٠٦) ، شذرات الذهب (٦٠/١) .

(٤) في جميع النسخ : [بشرط ولا وجسة] ، مكان : [بسنهاء ولا رجبية] وما أثبتناه من الطحاوي ، والمغرب ، ولسان العرب .

(٥) في (ص) : [العرية] .

(٦) قوله : [فالبيع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [حائط] بدون الهاء .

(٨) في (ع) : [تصل] ، وفي (م) ، (ع) : [حاجتها] .

(٩) قوله : [من الإفراد] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٥٦٢ – قالوا : قال الأزهري [١] : العرِيَّة النخلة التي يتردد أهلها إليها يلتقطون ما أدرك فيها [٢] دفعة بعد دفعة ؛ فسميت عرية لأجل التردد إليها ، يقال : عروته أعروه ، وأعريته أعريه [٣] إذا قصدته للرفق ، وأعتريه [٤] أعروه إذا أعطيته العرية .

١١٥٦٣ – قلنا : قول الأزهري لا يقابل قول أبي عبيد ، ولا يعتد به معه ، [كيف] [٥] وقد انضمت السنة إلى قول [٦] أبي عبيد .

١١٥٦٤ – ثم ما قال : ليس بصحيح ؛ لأنه جعل العرية النخلة التي يتردد أهلها إليها ، فإن كان يريد بأهلها المالكين لها في [٧] الأصل فهو يقول ذلك في جميع نخله ، فَلِمَ يفرد هذه ، فكيف تسمى [٨] عرية ؟ ، وإن كان يريد أن المعرى يتردد إليها ، فهو الذي قلنا .

ثم استشهد على ذلك بضده ؛ لأنه قال : عروته أعروه إذا قصدته للرِّفد ، وهذا صحيح ، فكيف يكون يتردد الرجل إلى نخلته تردد الرِّفد ، وهذا كلامٌ ممحلٌ [٩] متكلَّف لا يلتفت إليه .

١١٥٦٥ – ويتأول الحديث [١٠] الذي اعتمدوا عليه ، وهو قوله : « إلا أنه أرخص في العرايا أن تباع بخرصها من التمر يأكلها أهلها رطبًا [١١] ، وإنما المراد : « بأهلها » الذين [١٢] أعروها ، فدل أن المعرِى هو الذي [١٣] يبيعها من المعرَى ، وعندكم يأكلها

---

(١) هو العلامة محمد بن أحمد بن الأزهري أبو منصور الأزهري الهروي اللغوي ، صاحب تهذيب اللغة ، مات ﷺ في سنة سبعين وثلاثمائة ، وقيل : سنة إحدى وسبعين . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (١٦/٣١٥- ٣١٧) ، طبقات الشافعية للإسنوي (١/٣٥) ، الترجمة (٢٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [منها] .
(٣) في (ص) : [اعرته] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أعرته] .
(٥ ، ٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في جميع النسخ : [من] والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [يسمى] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الزور هذا] ، مكان : [الرفد وهذا] ، وفي جميع النسخ : [ممحل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تأويل الحديث] ، وفي (ص) : [وبين صحة الحديث] ، ويبدو ما أثبتناه هو الأصح في السياق .

(١١) في جميع النسخ : [تمرًا يأكلونه] ، والمثبت من الأم ، وكتب الحديث . هذا جزء من حديث سهل بن أبي حثمة ، الذي تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(١٢) في (ص) : [الذي] .

(١٣) لفظ : [الذي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

رطبًا إن ابتاعوها وليسوا [١] أهل النخلة في الحقيقة .

١١٥٦٦ - قالوا : فإذا كان عندكم قد رجع في هبته فكيف تكون هبة [٢] .

١١٥٦٧ - قلنا : هي هبة أقام غيرها مقامها ، والهبة قبل القبض : عرية وهبة ، فرجوعه فيها لا يخرجها أن تكون [٣] هبة .

١١٥٦٨ - فإن قيل : لم تحملوا [٤] البيع على حقيقته ولا مجازه [٥] ؛ لأنه يقول : دع ما وهبته لك حتى أهب غيره .

١١٥٦٩ - قلنا : هو بيع مجازًا ؛ لأنه وقع النهي عن ما في الظاهر .

١١٥٧٠ - وإن سلم يكن [٦] عرضًا في الحقيقة ، كما قال الفقهاء : باع من عبده ، وليس ببيع في الحقيقة لكنه لما وقع باسم البيع وبظاهر المعاوضة ، لم يمنع أهل اللغة أو الشرع من تسميته بيعًا .

١١٥٧١ - وقال اللّه تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم ﴾ [٧] ، فسمي ذلك شراء [٨] ، وإن كان ملكه تملكه .

١١٥٧٢ - قالوا : « نهى النبي ﷺ عن المزابنة [٩] » ، واستثنى هذا البيع فمنعتموه .

١١٥٧٣ - قلنا : لم نمنع [١٠] ما تناولته الإباحة على الوجه الذي قررناه .

١١٥٧٤ - قالوا [١١] : فاعتبر عليه [الصلاة و] السلام الخرص وأسقطتموه .

١١٥٧٥ - قلنا : لم نسقطه ؛ لأن عندنا الأولى أن يعطيه خرصها حتى يوصله إلى مثل حقه ، ونعلم أنه لم يقصد الرجوع في العرية ، وإنما إلى دفع [١٢] الضرر عن نفسه .

١١٥٧٦ - قالوا : في الخبر « فيما دون خمسة أوسق » ، فأسقطتم التخفيف .

---

(١) في (ع) : [وليس] .

(٢) في (م) : [يكون] ، وفي (ع) : [يكون بهبة] .

(٣) في (م) : [يكون] .

(٤) في (م) : [لم يحملوا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [حقيقة ولا مجاز] .

(٦) في (ص) : [يكون] .

(٧) سورة التوبة : الآية ١١١ .

(٨) في (م) ، (ع) : [شرى] .

(٩) هذا الحديث متفق عليه ، تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يمنع] .

(١١) في (م) ، (ع) : [قال] .

(١٢) في (ع) : [رفع] .

١١٥٧٧ - قلنا : لم نقدر الأوسق الخمسة إلا في خبر داود بن الحصين [١] ، وقد تكلم أصحاب الحديث عليه واتهموه في مذهبه ، وعابوا مالكًا في أنه روى عنه ، ولم يرو [٢] عن أبي سعيد .

ثم إن النبي ﷺ ذكر الأوسق على المعتاد ؛ لأنهم كانوا لا يعرون إلا النخلة والنخلتين ، فذكر عليه [الصلاة و] السلام القدر الذي كانوا يعرونه في الغالب .

١١٥٧٨ - ومن أصحابنا من قال : إنما ذكر أقل من خمسة أوسق ؛ لأن الخمسة نصابُ الصدقة ، ويكره عندنا أن يتصدق على واحد بمقدار النصاب [٣] ويستحب ما دونه .

فذكر المقدار الذي لا يكره ، والخمسة أوسق وإن لم تكن نصابا عند أبي حنيفة للوجوب ، فهي نصاب المطالبة ؛ لأن ما دونها لا يأخذه [٤] المصدق ، لكنه يكله لرب [٥] المال ، والصدقات تتقدر في الشرع ، وما يعقد عليه البيع لا يتقدر ، ثم الشافعي أيضًا لا يعتبر الأوسق بكل حال ؛ لأنه يجوز بيع تسعة أوسق من اثنين صفقة واحدة .

١١٥٧٩ - فإن قيل : فالنبي ﷺ قال : « يأكلها أهلها [٦] » .

١١٥٨٠ - قلنا : قد بينا أن أهلها صاحب النخل وهذا يسقط قولهم ، ولم يذكر هذا على وجه التعليل ، وإنما وصف الحال .

١١٥٨١ - قالوا : الاستثناء من جنس المستثني منه ، فيجب أن لا يستثنى بيعًا من بيع .

١١٥٨٢ - قلنا : في الخبر حظر ، وأما إباحة ما استثنى فلا ، ولو سلمنا أنه استثنى : فالمستثني [٧] منه المزابنة وهو بيع منهي عنه ، فالاستثناء بيع جائز .

---

(١) داود بن الحصين ، أبو سليمان المدني ، صدوق ، وثقه ابن معين وغيره ، ولينه أبو زرعة ، وقال أبو حاتم : « لولا أن مالكًا روى عنه لترك حديثه » ، قال الذهبي : رمى عليه بالقدر ، مات رحمه الله في سنة مائة وخمس وثلاثين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص١٤٧ الترجمة ٣٩٢ ، الكامل (٩٢/٣ ، ٩٣) الترجمة (٦٣١/٩) ، الجرح والتعديل (٤٠٨/٣) الترجمة (١٨٧٤) ، المغني (٢١٧/١) الترجمة (١٩٨٧) ، تقريب التهذيب (٢٣٢/١) الترجمة (٥) .

(٢) في (ص) : [ولم نرو] .

(٣) في (ع) : [الصداق] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يأخذ] ، بدون الهاء .

(٥) في (م) ، (ع) : [إلى رب] ، مكان : [لرب] .

(٦) لفظ : [أهلها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) لفظ : [فالمستثنى] ساقط من (م) ، (ع) .

١١٥٨٣ – وكذلك نقول : إلا أنه بيع ليس ببيع لازم ، فهو في حكم المستثنى منه الذي ليس بلازم .

١١٥٨٤ – فإن قيل : قد ذكر الرخصة ولا وجه لها عندكم .

١١٥٨٥ – قلنا : غلط ؛ لأن عليهم آثار نيل الرخصة (١) ؛ لأن المعرى يأخذ العوض عما لم يملك .

١١٥٨٦ – وقال غيره : الرخصة من المعرى ؛ لأنه وعد بوعد فرخَّص له أن يترك الوفاء به ويدفع عوضًا عنه ؛ وهذا الذي ذكرناه أولى ؛ لأنه تأويل يوافقه قول السلف ومذهب العربية ، وتبقى الأصول المعلومة على حالها ولا يخالفها ؛ لأن الأصل المعلوم : أن الجنس الذي يعتبر فيه المماثلة لا مدخل للخرص فيه وإنما يعتبر بالكيل أو الوزن (٢) ، فكان ذلك أولى من إثبات خلاف الأصول المقطوع [بها] (٣) بخبر الواحد . فقد روى الشافعي حديثا فيه (٤) قُلْتَ لمحمود بن كثير « قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبي ﷺ إما زيد بن ثابت ، وإما غيره : وما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالًا محتاجين شكوا إلى النبي ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتبايعون به رطبًا يأكلون مع الناس ، وعندهم فضول من قوتهم من التمر ، فرخص لهم النبي ﷺ أن يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم ، يأكلون به رطبًا (٥) » .

١١٥٨٧ – قلنا : هذا (٦) خبر ذكره الشافعي فلم يبين مَنْ بينه وبين محمود بن لبيد ، (٧) ثم شك عن زيد بن ثابت رواه أو عن غيره .

١١٥٨٨ – وقد بينا عن زيد بن ثابت بإسناد صحيح عن حماد بن سلمة عن أيوب ، وعبد اللّه بن عمر ، عن نافع ﷺ مثل قولنا (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عليكم آثار قال الرخصة] . وفي (ص) : [آثار نال] وهي غير واضحة .

(٢) قاعدة : « الجنس الذي يعتبر فيه المماثلة لا مدخل للخرص فيه ، وإنما يعتبر بالكيل أو الوزن » .

(٣) في النسخ اضطراب هذه العبارة ، ونصها : فالراوي الشافعي حديث فيه . ولا يصح هذا ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) رواه الشافعي في الأم « باب بيع العرايا » (٥٤/٣) ، ومختصر المزني « باب العرايا ص ٨١ ، وفي اختلاف الحديث بمعناه ، « باب الخلاف في العرايا » ص١٩٧ .

(٦) لفظ : [هذا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قوله : [بن لبيد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) تقدم في هذه المسألة .

١١٥٨٩ – وهذا الخبر الذي ذكروه لا يعرف [(١)] ولا ذكره أحد ، ثم ليس يمتنع أن يكون رخص لهم أن يتبايعوا العرايا من المعرَى ذلك إذ سُلِّم ذلك المعرَى ، فيجوز عندنا ويكون في حكم الهبة من الثاني والصدقة عليه .

١١٥٩٠ – قالوا : كل ما جاز بيعه مطلقًا من شجرة بغير التمر جاز بيعه خرصًا بالتمر ، كالعنب [(٢)] .

١١٥٩١ – قلنا : المعنى في العنب : أنه يجوز بيعه بالتمر إذا كانا على الأرض ، فجاز إذا كان الرطب على النخل ، ولمَّا لم يجز بيعه بالتمر خرصًا أو كانا على الأرض ، كذلك إذا كان على النخل .

* * *

---

(١) في (ص) ، (م) : [لا نعرف] .

(٢) قاعدة : « كل ما جاز بيعه مطلقًا من شجرة بغير التمر جاز بيعه خرصا بالتمر كالعنب » .



بيع العقار قبل قبضه من بائعه

١١٥٩٢ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : يجوز بيع العقار قبل قبضه من بائعه .

١١٥٩٣ - وقال محمد : لا يجوز بيعه [(١)] ، وبه قال الشافعي [(٢)] .

١١٥٩٤ - لنا : أنه عقد على معين [لا يخشى فساده بهلاكه ، فجاز التصرف فيه ، كالمملوك] [(٣)] بالميراث .

١١٥٩٥ - فإن قيل : إذا كان العقار لا يهلك لم يصح قولكم : إن السبب لا يفسد

---

(١) اختلف الفقهاء في بيع المبيع قبل القبض ، فقال أبو حنيفة وأصحابه : إن كان المبيع مما ينقل ويحول لم يجز بيعه قبل قبضه ، وإن كان عقارًا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يجوز بيعه قبل القبض ، وقال محمد وزفر : لا يجوز ، وهو قول أبي يوسف الأول . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٨٤ ، تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٤٠/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٢٦ ، ٣٢٧ ، المسألة (١٣٦) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٨٠/٥ ، ١٨١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب المرابحة والتولية » (٥١٠/٦ - ٥١٥) ، البناية مع الهداية « باب المرابحة والتولية » (٣٢١/٧ - ٣٢٤) ، مجمع الأنهر « باب المرابحة والتولية » (٧٣/٢ ، ٧٤) ، در المنتقى « باب المرابحة والتولية » بهامش مجمع الأنهر (٨١/٢) ، حاشية ابن عابدين « باب المرابحة والتولية » ، « فصل في التصرف في المبيع » (١٦٩/٤ ، ١٧٠) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب حكم المبيع قبل القبض وبعده » (٦٩/٣ ، ٧٠) ، مختصر المزني « باب البيع قبل القبض » ص٨٢ ، المهذب مع المجموع « باب ما نهى عن من بيع الغرر وغيره » (٢٦٤/٩ ، ٢٧٠-٢٧٢) ، حلية العلماء « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٧٧/٤ -٩٧) ، فتح العزيز « كتاب البيع » ، « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » ، بذيل المجموع (٤١٤/٨-٤١٦) ، نهاية المحتاج « باب في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه » (٨٤/٤ ، ٨٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع ما اشترى قبل أن يقبض » (٦٦١/٢) ، المنتقى « كتاب البيوع » (٢٧٩/٧ ، ٢٨٠) ، (٣١/٥) ، بداية المجتهد « باب في بيوع الذرائع الربوية » (١٥٥/٢-١٥٨) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٥/١-٣٢٧) ، المسألة (١٦ ، ١٧) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (٣٤٤/١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (١٢٦/٤-١٢٨) ، الكافي لابن قدامه « باب بيع النجش والتلقي ... » (٢٧/٢ ، ٢٨) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤٦٠/٤) وما بعدها .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في لهامش .

بهلاكها .

١٣٧/ب ١١٥٩٦ - قلنا : أحكام النفي إذا علقت / بالمستحيل كان ذلك أقوى للنفي [١] .

١١٥٩٧ - فإن قيل : المعنى في المقبوض أنه دخل في ضمان المبتاع [٢] ، وما لم يقبض لم يدخل في ضمانه ، فلم يجز تصرفه فيه .

١١٥٩٨ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن اشترى طعامًا مكايلة فقبضه بغير كيل فدخل في ضمانه ، ولا يجوز تصرفه ، وعلة الفرع تبطل [٣] بالأثمان يجوز تصرفه فيها وإن لم تدخل [٤] في ضمان البائع .

١١٥٩٩ - فإن قيل : إذا قبض الطعام بغير كيل جاز أن يبيع منه ما يتيقن أنه حقه .

١١٦٠٠ - قلنا : لا يجوز تصرفه في جميعه ، وهو موضع القبض ، لم نسلم ؛ لأنه لو هلك ثم استحق لم يجب على الوارث ضمانه .

١١٦٠١ - ولأن كل حالة يستحق [٥] المبيع فيها بالشفعة صح تصرف المبتاع فيها [٦] ، أصله : ما بعد القبض .

١١٦٠٢ - فإن قيل : الشفعة لا تستحق إلا بعد القبض ؛ لأن الشفيع إذا طالب أُمِرَ البائعُ بتسليم المبيع ، ثم قُضِيَ على المشتري .

١١٦٠٣ - قلنا : هذا كلام في القضاء في المستحق كيف يقضي ، وكلامنا في الاستحقاق ، لا خلاف أن للشفيع المطالبة ، فدل [٧] أن الشفعة ثبتت ووجبت المطالبة قبل القبض .

١١٦٠٤ - ولأن المقصود بالعقد الملك والتصرف ، فإذا جاز أن يستفاد أحدهما في المبيع بالعقد جاز أن يستفاد الآخر .

١١٦٠٥ - ولأنها حال يجوز رهن المبيع فيها ؛ فجاز بيعه كما بعد التخلية .

١١٦٠٦ - ولأن العقد والقبض كل واحد منهما سبب الضمان ؛ ألا ترى : أن العقد يضمن به الثمن والقبض يضمن فيه المبيع ، فإذا جاز أن يستفاد التصرف في المبيع

---

(١) في (م) ، (ع) : [للنفس] ، مكان : [للنفي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المتنازع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يبطل] .

(٤) في (م) : [لم يدخل] .

(٥) في (ع) : [تستحق] .

(٦) قاعدة : « كل حالة يستحق المبيع فيها بالشفعة يصح تصرف المبتاع فيها » .

(٧) في (م) ، (ع) : [فدلت] .

بأحد السببين كذلك الآخر .

١١٦٠٧ - ولأن المبيع أحد بدلى العقد ؛ فجاز أن ينقل من ملكه إلى ملك غيره قبل القبض ، كالثمن . فإن سلموا صح التصرف في الثمن والأصل إذا أحال البائع رجلًا على المشتري به [١] .

١١٦٠٨ - احتجوا : بحديث حكيم بن حزام قال : : « قلت : يا رسول اللّٰه ﷺ إني أشتري هذه البيوع [٢] ، فما يحل لي منها وما يحرم عليّ ، ، فقال : إذا اشتريت [٣] بيعًا فلا تبعه حتى تقبضه » [٤] .

١١٦٠٩ - وقال : « وبعث النبي ﷺ على صدقته عتابَ بن أسيد [٥] إلى مكة ، وقال له : انههم عن بيع ما لم يقبض [٦] ، أو ربح ما لم يضمن » [٧] .

وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما ليس عندك ، ولا ربح ما لم تضمن » [٨] .

١١٦١٠ - قلنا : القبض بيع [٩] في الحقيقة للتناول ، ويعبر به عن التخلية حكمًا ، وقد أجمعوا أنه أريد [١٠] بهذه الأخبار حقيقة القبض فيما يمكن فيه ، لم يجز أنه يحمل

---

(١) قاعدة : « يصح تصرف البائع في الثمن ، وهو ما يزال في يد المشتري بحوالة البائع رجلا عليه بهذا الثمن » .

(٢) روى الدارقطني ، بزيادة : [رجل] ، والآخرون ، بلفظ : [بيوعًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إذا ابتعت] ، وفي (ع) : [إذا بعث] ، والمثبت من كتب الحديث ، ورواه الطيالسي بلفظ : [إذا بعت] .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٩/٣) ، وأحمد في المسند (٤٠٢/٣) ، والطيالسي في مسنده ص١٨٧ ، الحديث (١٣١٨) ، والطحاوي في المعاني ، آخر « باب ما نهى عن بيعه حتى يقبض » (٤١/٤) ، وابن حزم في المحلى بالآثار » ، « كتاب البيوع » (٤٧٣/٧) ، مسألة (١٥٠٨) .

(٥) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [غياب ابن أسد] ، مكان المثبت ، بحذف : [على صدقته] .

(٦) في (ص) : [أنهم] ، مكان : [أنههم] ، ولفظ : [له] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) أخرجه ابن عدي في الكامل في ترجمة « يحيى بن صالح الأيلي » (٢٤٥/٧) ، والبيهقي (٣١٣/٥) .

(٨) هذا الحديث رواه الأربعة والدارمي ، والبيهقي في سننهم ، وأحمد ، والطيالسي في مسنديهما ، وابن الجارود في المنتقى ، والحاكم في المستدرك ، والطحاوي في معاني الآثار ، والترمذي في « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (٥٢٦/٣ ، ٥٢٧) ، الحديث (١٢٣٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يبيع] ، مكان : [بيع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أراد] .

على القبض الحكمي في الخيار ، فيتناول اللفظ أمرين مختلفين .

١١٦١١ - فإن قيل : الاسم يجب حمله على العرف ، وإن كان في اللغة بخلاف العرف ، [وقبض العقار في العرف التخلية .

١١٦١٢ - قلنا : الاسم يحمل على اللغة أو العرف] [١] ، فأما أن يحمل على ما في حكمه وحده [٢] فلا ، وقد ثبت [٣] تناول الأخبار للقبض اللغوي الذي هو الحقيقة فلا يحمل على غيره .

١١٦١٣ - قالوا : معنى دخل فيه المبيع [٤] من ضمان المبتاع ؛ فوجب أن يستفيد التصرف ، كالقبض فيما ينقل ويحول ، فلا يبطل إذا قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن ، فإن المبيع يدخل في ضمانه [ولا يستفاد به التصرف فيه ، وكذلك إذا ابتاع طعامًا مكايلة فقبضه بغير كيل دخل في ضمانه] [٥] ، ولم يستفد بذلك جواز التصرف على ما قدمنا [٦] .

١١٦١٤ - والمعنى في القبض في المنقولات : أن ملك المشتري يستقر بها ، ألا ترى : أن بعد القبض لا يعود إلى ملك البائع من غير فعل أحد ولا يبقى في ملك المبتاع له ، وإن [٧] هلك فينتقض ملكه فيها ، فيقع هلاكها على ملك البائع فلم يجز التصرف لعدم استقرار الملك ، والعقار قبل القبض قد استقر فيه الملك ؛ لأنه لا يعود إلى ملك البائع بغير فعل حادث .

١١٦١٥ - فإن قيل : من مذهب أبي حنيفة أن العبد المقبوض إذا اقتص منه بقتل [٨] كان في يد البائع انفسخ البيع فيه ، فالملك غير مستقر ، وإن [٩] جاز التصرف فيه [١٠] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [واحدًا] ، وفي (ع) : [وأخذ] .

(٣) في (ص) : [يثبت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قدمنا] .

(٧) في (م) : [لعريان] ، وفي (ع) : [لطريان] ، مكان : [له وبأن] ، وأصل نص العبارة : « وبأن يهلك » وما أثبتناه أوضح .

(٨) في (م) ، (ع) : [اقتصر منه فعل] ، مكان : [اقتص منه بقتل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإنْ] .

(١٠) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٦١٦ - قلنا : لا يلزمنا أنه لا يعود إلى ملك البائع إلا بفعل حادث وهو استيفاء القصاص ، ولو تلف في يده بنفسه لم يعد إلى حكم البائع .

١١٦١٧ - فإن قيل : إذا ابتاع طعامًا مكايلة [(١)] وقبضه بغير كيل ، استقر ملكه ، ولا يجوز تصرفه .

١١٦١٨ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأن محمدًا قال : يجوز بيعه مجازفة قبل إعادة الكيل ، وإنما لا يجوز مكايلة ، وليس عند أبي حنيفة خلاف ذلك .

١١٦١٩ - فإن قيل : لو باع عُلو بيته [(٢)] جاز التصرف فيه قبل القبض ، وملك المشتري لم يستقر ؛ إذ قد يحترق فينفسخ ملكه .

١١٦٢٠ - قلنا : هذه المسألة تكلم فيها أصحابنا ، فقول أبي يوسف [(٣)] : أن البيع لا ينفسخ ؛ لأن حق الموضع باق ، ولهذا قال : إنه يستحق به الشفعة بغير بناء .

١١٦٢١ - فإن قيل : علة الفرع تنتقض بالمهر في يد الزوج ؛ لأن الملك ينتقض فيه بهلاك من غير فعل أحد ، ويجوز تصرفها فيه [(٤)] .

١١٦٢٢ - قلنا : لا ينتقض من غير أثر ؛ لأن القيمة تجب [(٥)] لها ، ولو انتقض الملك من غير أثر وجب مهر المثل .

١١٦٢٣ - قالوا : عين ملكها ببدل ، فوجب أن لا يجوز لمالكها بيعها قبل قبضها [(٦)] ، أصله : ما ينقل ويحول .

١١٦٢٤ - قلنا : المعنى فيما ينقل ويحول وجب أن يتعلق بالقبض فيما لا ينقل ولا يحول [(٧)] ، كالضمان .

١١٦٢٥ - قلنا : ينتقض بدخول المبيع في ضمان المشتري لحق الغير ، فإنه يتعلق بالقبض فيما ينقل ويحول ولا يتعلق بالقبض في العقار [(٨)] ؛ لأن البائع إذا خلَّى [(٩)] بينه

---

(١) في (م) ، (ع) : [مكانه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [علويته] ، وهو تصحيف .
(٣) لفظ : [بين] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي العبارة بتمامها في النسخ جميعها زيادات لا يصلح بها المعنى ، وتمامها : « فقال إن شاهد به فيما بين قول أبي يوسف » .
(٤) في (ع) : [تصرفه فيها] .
(٥) في (م) : [يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [القبض] .
(٧) لفظ : [ولا يحول] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [ويحول] مكان : [ولا يحول] .
(٨) في (م) ، (ع) : [في العقد] .
(٩) في (ص) : [خلى] .

وبين المشتري فاحترق ثم استحقه مستحق لم يكن له تضمين [١] المشتري ؛ لأن الضمان فيما ينقل ويحول تعلق بالقبض بغيره ، ألا ترى : أنه لو أعتق العبد دخل في ضمانه ، وعلامة جواز التصرف فيما ينقل تتعلق [٢] باستقرار الملك لا بالقبض ، ولهذا يجوز [٣] التصرف في المهر قبل القبض لاستقرار الملك فيه وإن لم يقبض .

* * *

(١) في (م) : [فضمنه] ، وفي (ع) : [فضمن] ، مكان : [تضمين] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وهذا لا يجوز] .


مسألة ٦٠٠

التصرف في المهر ، وبدل الخلع قبل القبض

١١٦٢٦ - قال أصحابنا : يجوز التصرف في المهر ، وبدل الخلع قبل القبض [١] .

١١٦٢٧ - وقال الشافعي : إن كان عينًا لم يجز قولًا واحدًا [٢] .

١١٦٢٨ - لنا : أنه حالة [٣] لو هلك المهر لم يؤثر في العقد ؛ فجاز التصرف فيه من كل وجه ، أصله : بعد القبض .

١١٦٢٩ - ولأنه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه ، كالمملوك بالميراث ، والمهر ليس يعقد عليه عقد النكاح ، وإنما يعقد عليه عقد هو التسمية [، ولهذا يصح العقد دون التسمية] [٤] ؛ ثم يسمى المهر ، فإذا هلك انفسخ العقد عليه الذي هو التسمية ووجب الرجوع إلى مهر المثل عندنا .

١١٦٣٠ - قالوا : وصف غير مسلم .

١١٦٣١ - قلنا : التسمية في النكاح يريد البدل ، فأما أن يكون عقدًا عن النكاح : فلا ؛ ألا ترى : أن البدل المملوك في العقد في مقابلة المعقود عليه لا يكون مملوكًا بغير العقد ، وليس إذا انفرد والتسمية عن العقد كان عقدًا آخر لكنها ببدل ملحق ، كالزيادة في الثمن عندنا .

١١٦٣٢ - قالوا : عقد النكاح لا ينفسخ بهلاك المهر ، لكن ينتقل الحق إلى عوضه ، كما أن المبيع إذا هلك ينتقل الحق إلى الثمن ؛ فلا فرق بينهما .

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع : « كل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض ، يجوز التصرف فيه ، كالمهر ، وبدل الخلع ، وبدل العتق ، وبدل الصلح عن دم العمد » . راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٤٠/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » فصل : « وأما شرائط الصحة » (١٨١/٥) ، فتح القدير "باب المرابحة والتولية » (٥١٤/٦) ، البناية « باب المرابحة والتولية » (٣٢٣/٧) ، حاشية ابن عابدين « باب المرابحة والتولية » فصل « في التصرف في المبيع » (١٧٠/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٢٦٤/٩ ، ٢٦٧) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٨٠/٤) ، بداية المجتهد ، الباب السابق (١٥٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٦١ ، المغني (١٢٨/٤ ، ١٢٩) ، الكافي لابن قدامة (٢٨/٢ ، ٢٩) .

(٣) في (ص) : [احاله] غير واضح .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وإن أثبت (بعد) بدل (دون) المقصودة في المعنى والتي أثبتناها لهذا .

١١٦٣٣ - قلنا : إذا هلك المبيع انفسخ العقد ؛ فوجب رد الثمن . فأما أن يكون المبيع انتقل إليه : فلا . وفي مسألتنا : السبب الموجب للمهر بحاله هو العقد ، فإذا تعذر تسليم المهر انتقل إلى غيره .

١١٦٣٤ - ولأنه أحد بدلى النكاح ؛ فجاز التصرف فيه قبل قبضه ، أصله : البضع إذا تصرف فيه بالخلع .

١١٦٣٥ - فإن قيل : الخلع فسخ ، فيجوز قبل القبض كما تجوز الإقالة ، وبيع المهر تمليك فيصير كبيع المبيع .

١١٦٣٦ - قلنا : إذا خالفها على عوض عن المهر فهو تصرف مبتدأ وليس بفسخ ؛ لأن الفسخ إنما يكون بالعوض الذي يقع العقد عليه .

١١٦٣٧ - ولأنه دين وجب [١] لمعنى لا يصير في تمامه القبض في المجلس ، فجاز التصرف فيه قبل القبض كقيمة المتلفات .

١١٦٣٨ - ولأنه مملوك بسبب لا تقف صحته على تسمية بدل ، كالمملوك بالوصية .

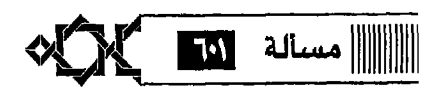
١١٦٣٩ - احتجوا : بأنه غير . ملكه ببدل ، فلا يجوز لمالكه بيعه قبل القبض ، أصله : ما ينقل إذا ملك بالشراء [٢] .

١١٦٤٠ - قلنا : المعنى في المبيع أنه لا يؤمن فساد العقد بهلاكه ، فلم يستقر الملك فيه ، وفي المهر بخلافه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فوجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .



هل تعتبر التخلية بين المشتري وبين المبيع قبضًا

١١٦٤١ - [قال أصحابنا] : التخلية بين المشتري وبين المبيع [١] غير مانع من قبضه قبضًا [٢] يدخل المبيع به من ضمان المشتري لحق البائع .

١١٦٤٢ - قال ابن شجاع : كان أبو حنيفة يقول : التخلية - حيث يمكنه أخذه ونقله بقبض [٣] يصير به في ضمان المشتري ، ويذكر أن ذلك اتفاق من أهل العلم [٤] .

١١٦٤٣ - وقال الشافعي : القبض في الدراهم والدنانير يتناولها بالبراجم . وإن كان ثيابًا أو نحوها فالقبض نقلها من مكانها . وإن كان [٥] طعامًا اشتراه جزافًا فالقبض نقله . وإن كان كيلًا فالقبض الصحيح الكيل ، فإن كان حيوانًا وسمه ، أو عبدًا ، فالقبض أن يمشي من مكانه . وإن كان مما لا ينقل ولا يحول كالعقار والشجر فالقبض فيه التخلية من غير مانع [٦] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [البائع] ، مكان : [المبيع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [قبض] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قبل] ، مكان : [قبض] ، وهو ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) قال الكاساني في تفسير التخلية والتخلي : « التسليم والقبض عندنا هو التخلية ، والتخلي : هو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلمًا للمبيع والمشتري قابضًا له ، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع » . بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما حكم البائع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوقوف على تسمية البياعات في حق الحكم » (٢٤٤/٥) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » ، « فصل فيما يدخل في البيع تبعًا بغير تسمية وما لا يدخل » (١٩/٢ ، ٢٠) .

(٥) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء (٨١/٤ ، ٨٢) ، المجموع مع المهذب (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦ ، ٢٨٣) ، المدونة « كتاب السلم الثالث » ، في « ما جاء في بيع الطعام يشتري جزافًا قبل أن يستوفي » ، وفي آخر « في الرجل يبتاع الطعام بعينه أو بغير عينه » (١٦٦/٣ ، ١٦٧) ، المنتقى « كتاب البيوع » ، « الباب الرابع في تمييز ما يصحح قبض البيع الثاني » (٢٨٣/٤) ، الرسالة الفقهية « باب في البيوع وما شاكل البيوع » ، ص٢١١ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » في « قبض المنقولات » (٣٢٧/١) ، مسألة (١٨) ، الإفصاح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الأصول والثمار » (٣٤٤/١) ، المغني باب بيع الأصول والثمار » ، « فصل : وقبض كل شيء بحسبه » (١٢٥/٤ ، ١٢٦) ، الإنصاف « كتاب البيع » ، في » الصبرة وما ينقل بالنقل ، وفيما يتناول بالتناول ، وفي « القبض فيما عدا ذلك بالتخلية » (٤٧٠/٤ ، ٤٧١) .

١١٦٤٤ - لنا : أن التخلية معنى يوجب دخول الثمر في ضمان المشتري إذا كانت [١] على رءوس النخل ؛ فأوجب دخول العرف في ضمانه ، أصله : النقل .

١١٦٤٥ - ولأن التخلية وجدت من جهة البائع من المبيع والمبتاع من غير مانع ، فوجب أن يدخل في ضمانه ، كالأشجار .

١١٦٤٦ - ولأنه نوع مبيع ؛ فيدخل في ضمان المشتري قبل النقل . أصله : الثمرة .

١١٦٤٧ - احتجوا : بما روي عن ابن عمر ﷺ « قال : كانوا يتبايعون الطعام جزافًا أعلى السوق ، فنهى الرسول ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه » [٢] .

١١٦٤٨ - قلنا : هذا لا دلالة فيه ؛ لأنهم كانوا يتبايعون طعام الجَلَب [٣] في ظروفه ولا يشاهدونه [٤] ، ثم لا يَرَوْنه حتى ينقلوه [٥] إلى رحالهم ، فنهى عن بيعه قبل الرؤية / ١٣٨/أ حتى لا يلزموا بيعًا بمجهول الصفة .

١١٦٤٩ - وهذا معنى ما روى بن ثابت ﷺ « أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » [٦] ؛ لأنهم كانوا يتبايعونها عند تلقي الجلب ولا يَرَوْنها حتى يحوزوها [٧] .

١١٦٥٠ - قالوا : روى ابن عمر ﷺ : « ابتعت زيتًا في السوق ، فلما استوجبته [٨] لقيني رجل فأعطاني بها ربحًا حسنًا ، فأردت أن أضرب على يده [٩] ، فأخذ رجل من

---

(١) في (م) : [الثمن] ، وقوله : [في ضمان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [كان] ، مكان : [كانت] .

(٢) رواه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي » (٢٧٥/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « بيع ما يشترى من الطعام جزافًا قبل أن ينقل من مكانه » (٢٨٧/٧) ، وأخرجه البخاري باختلاف يسير ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب منتهى التلقي » (٢٠/٢) ، ومسلم بمعناه بألفاظ أخرى في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بطلان بيع المبيع قبل القبض » (١١٦١/٣) .

(٣) في جميع النسخ : [الحلب] ، بالحاء المهملة ، وهو تصحيف .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يشاهدونه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ينظره] ، مكان : [ينقلوه] .

(٦) لفظ : [حتى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [على تجوزها] ، مكان : [حتى يحوزها] . وهذا جزء من الحديث الذي يأتي تمامه بعد هذا .

(٧) في (م) ، (ع) : [يحرزوها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [زيدًا] ، مكان : [زيتًا] ، و [استوحشته] ، مكان : [استوجبته] .

(٩) لفظ : [يده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

خلفي بذراعي ، فالتفتُّ [1] فإذا زيد بن ثابت ، فقال : لا تبعه [حيث ابتعته] حتى تحوزه [2] إلى رحلك ، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تُبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم [3] .

١١٦٥١ - قلنا : قوله : لما استوجبته [4] ، ليس فيه أنه قبضها ، فنهاه عن بيعها ؛ لأنه لم يقبضها ، وقال : « حتى تحوزها [5] إلى رحلك » ، يعني حتى تقبضها ، ونيّته تدل [6] عليها ، وغَنِيَ عن ذلك بإحرازها إلى رحله ، كما أن عندهم أراد النقل [7] وعبر عن ذلك بالإحراز إلى الرحل ، وليس بواجب عندهم .

١١٦٥٢ - قالوا : ابتاع ما ينقل ، فإذا باعه قبل نقله لم يصح ، كما لو باعه قبل التخلية .

١١٦٥٣ - قلنا : إذا لم توجد التخلية لم يجز التصرف في الثمرة [8] ، كذلك في المنقولات ، [وما بعد التخلية يجوز التصرف في الثمرة كذلك في المنقولات] [9] .

١١٦٥٤ - ولأن التخلية متى لم توجد [10] فالبيع المنقول في يد البائع ، فلم يجز تصرف المبتاع [11] . وبعد التخلية قد أقبض البائع ومكن المشتري من القبض ، فالنقل تصرف من جهته فلا يقف تصرفه عليه ، كلبس الثوب وسكنى الدار .

١١٦٥٥ - فإن قيل : النقل والتحويل يتعلق به ضمان الغصب عندكم ، ولا يتعلق بالتخلية .

---

(١) لفظ : [فالتفت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [حتى ابتعته حتى تحرزه] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٣) في (م) : [يبتاع] ، في (م) ، (ع) : [يحرزها] ، مكان : [يحوزها] ، و [رحالها] ، مكان : [رحالهم] والصواب ما أثبتناه . وهذا الحديث : أخرجه أبو داود من طريق محمد بن اسحاق ، عن أبي الزناد ، عن عبيد بن حنين ، عن ابن عمر ﷺ بهذا اللفظ ، في آخر الباب السابق (٢٧٦/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (١٣/٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٤٠/٢) .

(٤) في (ص) : [استوجبتها] ، وفي (م) : [استوحشها] ، وفي (ع) : [استوحتتها] كل هذا خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) وفي (ع) : [يحرزها] ، وفي (م) : [يحوزها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وبنية بدل عليها] ، وفي (ص) كل هذا بدون نقط .

(٧) في (ع) : [النقل] .

(٨) في (ع) : [التمن] ، مكان : [الثمر] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [لم يوجد] .

(١١) في (م) ، (ع) : [المبتاع فيه] ، بزيادة : [فيه] .

١١٦٥٦ – قلنا : لأن المغصوب في يد مالكه ، فإذا خلى [١] الغاصب من نفسه وعنه فلم تزُل [٢] يد الملك عنه حكمًا ، فلم ينتقل إلى ضمان الغاصب وفي المبيع قد أزال البائع [٣] يده عنه بالتخلية ، فلم يبق [٤] عليه يد إلا يد المبتاع فقد دخل في ضمانه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [خلى] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وبينه فلم يزل] ، مكان : [وعنه فلم تزل] .

(٣) لفظ : [البائع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ،

(٤) في (م) : [فلم يبق] .



مسألة ٦٠٢

حكم من باع مصراة قد صرَّها البائع الأول

١١٦٥٧ – قال أصحابنا : إذا باع شاة أو بقرة أو ناقة قد صرَّها [(١)] البائع ، فحلبها المشتري ، فلا خيار له [(٢)] .

١١٦٥٨ – وقال الشافعي : يردها ويرد معها صاعًا من تمر .

١١٦٥٩ – فإن ابتاع جارية مصراة ردها ، وهل يرد معها صاعًا من تمر ، [(٣)] فيه وجهان ، أحدهما : يرد ، كالشاة [(٤)] ، والآخر : لا يرد شيئًا .

١١٦٦٠ – والأتان المصراة يردها ولا يرد معها شيئًا إلا على قول من قال : إن لبنها طاهر من أصحابهم ، فإنه جعلها كالشاة .

١١٦٦١ – واختلفوا في توقيت الخيار ، فمن أصحابه من قال : بأن خيار التصرية مؤقت بثلاثة أيام ولا يجوز ردها قبل ثلاثة أيام ، وإن بين التصرية ، فإن لم يرده [(٥)]

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقد صرفها] ، مكان : [قد صرها] ، وهو تصحيف . صرَّها : أي حبس لبنها . قال الخطابي : « اختلف أهل العلم في تفسير المصراة ، الناقة ، أو البقرة ، أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها ، يعني حقن فيه و جمع أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية : حبس الماء وجمعه ، يقال : صريت الماء » . راجع تفسير المصراة في : مختصر المزني « باب بيع المصراة » ص٨٢ ، معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب من اشترى مصراة وكرهها » (١١١/٣ ، ١١٢) ، النهاية « باب الصاد مع الراء » (٢٧/٣) ، المجموع « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (١٢/١٢ – ١٥) ، نهاية المحتاج « فصل في التصرية » (٧٠/٤) .

(٢) قال الطحاوي في المختصر : « وإذا اشترى الرجل ناقة أو بقرة أو شاة على أنها لبون ، ثم حلبها مرة بعد مرة فتبين له بنقصان لبنها أنها مصرَّاة ، فإنه يرجع على بائعه بنقصان عيبها ، وليس له ردها عليه دون لبنها ولا مع لبنها ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ﷺ ، وهو قول أبي يوسف ﷺ القديم ، وبه نأخذ . وقد قال أبو يوسف فيما روى عنه أصحاب الإملاء : إنه يردها وقيمة صاع من تمر ويحتبس لبنها لنفسه » . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٧٩ ، ٨٠ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٦/١ ، ٣٨٧) ، المسألة (١٩٩٣) ، فتح القدير « باب خيار العيب » (٤٠٠/٦) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب خيار البيع » (١٠١/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صاع تمر] ، مكان : [صاعا من تمر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الشاة] ، بدون الكاف .

(٥) في (م) ، (ع) : [يرده] ، بحذف : [لم] ، وهو تحريف .

عقيب الثلاث ، فليس له الرد .

١١٦٦٢ – ومن أصحابه من قال : خيار التصرية خيار العيب وليس بمحدود [1] ، وذِكْر الأيام الثلاثة في الخبر : محمول على أن العقد وقع بخيار الشرط .

١١٦٦٣ – وإن استمر [2] اللبن فلم ينقص فيما بعد حال التصرية ، هل يثبت الرد ؟ فيه وجهان [3] .

١١٦٦٤ – وأما الذي يُرد عوضًا عن اللبن : فمن أصحابه من قال يرد صاعًا من غالب قوت الناس في البلد . ومن أصحابه من قال يجب التمر .

١١٦٦٥ – فإن أعطاه البرّ وهو أكثر قيمة من التمر جاز ، فإن كان [4] أقل قيمة لم يجز [5] .

١١٦٦٦ – الدليل على صحة ما قلنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا » [6] ، ظاهره أن الخيار لا يثبت بعد الافتراق .

١١٦٦٧ – ولأنه تلبيس [7] من غير عيب ؛ فلا يوجب الرد . أصله : إذا سود [8] أنامل العبد حتى ظن أنه كاتب ، أو ثيابه حتى ظن أنه خباز .

١١٦٦٨ – ولأنه تحسين للبيع لم يستر [9] عيبًا فيه ؛ فصار كما لو صقل الثوب أو دقه .

---

(١) في (م) : [بمحذود] ، بالذال المعجمة ، وفي (ع) : [بمحذور] بالذال المعجمة والراء المهملة .

(٢) في (م) ، (ع) : [استمرار] .

(٣) لفظ : [وجهان] ساقط من (ع) .

(٤) لفظ : [كان] ساقط من (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (٦٨/٣) ، مختصر المزني « باب بيع المصراة » ص٨٢ ، المهذب مع المجموع « باب المصراة والرد بالعيب » (٢/١٢-٩٢) ، حلية العلماء « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (٢٢٥/٤) وما بعدها ، فتح ا لعزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٣٣/٨- ٣٣٧) ، نهاية المحتاج « فصل في التصرية » (٧٠/٤-٧٤) ، المدونة في « بيع الشاة المصراة » (٢٨٧/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب المصراة » (٧٠٧/٢ ، ٧٠٨) ، المنتقى في « ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة » (١٠٤/٥- ١٠٦) ، شرح الزرقاني (١٣٣/٥) وما بعدها ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (٣٤٥/١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (١٤٩/٤) ، وما بعدها ، الكافي لابن قدامة « باب بيع لمصراة » (٨٠/٢- ٨٢) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٣٩٨/٤- ٤٠٤) .

(٦) هذا الحديث : متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب كم يجوز الخيار » ، وفي « باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب الصدق في البيع والبيان » (١١٦٤/٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [تفليس] .

(٨) في (م) ، (ع) : [اسود] .

(٩) في (م) : [لم يسر] .

١١٦٦٩ – ولأنه فاته منفعة موهومة [١] غير مشروطة فصار كمن ابتاع عبدًا في زي الخبّازين ، وكان [٢] غير خباز .

١١٦٧٠ – ولأنه لم يظهر على نقص في المبيع ولا فائت فيتبعه [٣] شرطها ؛ فلم يثبت له خيار القبض ، كمن اشترى شاة منتفخة [٤] الخاصرة ، ظنها حاملًا ، أو اشترى عبدًا فظنه كاتبًا .

١١٦٧١ – ولأن اللبن في مضمون خلقة حيوان ، ما غيره فيه البائع ، فلا يثبت فيه الخيار ، كاللحم والحمل .

١١٦٧٢ – احتجوا : بما روي مالك عن أبي الزياد ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة ﷺ: « أن النبي ﷺ قال : لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها [٥] إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر [٦] » .

١١٦٧٣ – وروى ابن عمر ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : من ابتاع مُحفَّلة [٧] فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد [معها] مثل لبنها قمحًا » [٨] .

١١٦٧٤ – قالوا : وفي هذه الأخبار أدلة ثلاثة ، أحدها : نهى عن التصرية وهي مباحة عند أبي حنيفة ، والثاني : جعل له الخير غير مضبوط في الأصل [٩] لاختلاف ألفاظه .

وروى محمد بن سيرين ، عن أبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ قال : « من اشترى

---

(١) في (م) ، (ع) : [مرهونة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فكان] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالمبيع ولا فائت فبيعه] ، وفي (ص) : [ولا فائت مسعه] ، بدون النقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٤) في (م) ، (ع) : [مسفحة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [أن يحلها] .
(٦) أخرجه مالك بهذا اللفظ في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما ينهي عنه من المساومة والمبايعة » (٦٨٣/٢ ، ٦٨٤) ، الحديث (٩٦) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم » (١٧/٢ ، ١٨) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه إلخ » (١١٥٥/٣) ، الحديث (١١) ، وأبو داود في السنن « باب من اشترى مصراة فكرهها » (٢٦٥/٢) .
(٧) لفظ : [قال] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [فجعله] ، مكان : [محفلة] .
(٨) أخرجه أبو داود آخر الباب السابق (٢٦٦/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب بيع المصراة » (٧٥٣/٢) ، الحديث (٢٢٤٠) ، والبيهقي مطولا في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب « الحكم فيمن اشترى مصراة » (٣١٩/٥) .
(٩) قوله : [في الأصل] ساقط من (ع) .

شاة مصراة أو لقحة مصراة فحلبها ، فهو بخير النظرين بين أن يُخَيِّرها [(١)] وبين أن يردها ، وإناءً من طعام » [(٢)] ، فذكر خيارًا غير مؤقت وذكر إناءً من طعام .

وروى محمد بن زياد عن أبي هريرة ﷺ « صاعًا من طعام لا سمراء » [(٣)] ، يعني : لا حنطة ، وهذا يقتضي الشعير .

وروى موسى بن أنس [(٤)] ، عن أبي هريرة ﷺ قال : « قال رسول الله ﷺ من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها ، فإن رضى حِلَابها أمسكها وإلا ردها ورد معها صاعا من تمر [(٥)] » .

١١٦٧٥ - فهذا لا يجب وليس [(٦)] فيها توقيت الخيار [(٧)] ، وقد اختلف ألفاظها في المردود .

وروى سهيل [(٨)] بن أبي صالح عن أبيه ، عن أبي هريرة ﷺ « أنه عليه [الصلاة و] السلام قال : من ابتاع [(٩)] شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإنْ شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر » [(١٠)] .

وروى الأعرج عن أبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ وذكر فيه : « فإن صاحبها بالخيار ثلاثة أيام » [(١١)] .

---

(١) في (ع) : [حقه] ، مكان : [لقحة] ، و[مخير] ، مكان : [بخير] ، ولفظ : [بين] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) هذا الحديث : أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ ، في المعاني « كتاب البيوع » ، في أول « باب بيع المصراة » (١٧/٤) والبيهقي مرفوعا (٣١٨/٥ ، ٣١٩) .

(٣) أخرجه الطحاوي في نفس المصدر (١٨/٤) ، ومسلم في الصحيح « باب حكم بيع المصراة » (١١٥٨/٣ ، ١١٥٩) ، الحديث (٢٥ ، ٢٦) ، وأبو داود في الباب السابق (٢٢٦/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٤/٣) ، الحديث (٢٧٩) .

(٤) في جميع النسخ : [موسى بن أنس] ، ولعله موسى بن يسار مديني عم محمد بن إسحاق ، وهو مولى قيس ابن محزمة القرشي ، روي عن أبي هريرة ، وروى عنه داود بن قيس ومحمد بن إسحاق ، ثقة . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (١٦٨/٨) ، الترجمة (٧٤٠) ، ميزان الاعتدال (٢٢٦/٤) ، الترجمة (٨٩٤١) .

(٥) أخرجه مسلم في الباب السابق (١١٥٨/٣) ، الحديث (١٥٢٤/٢٣) .

(٦) في (م) : [فهذا الخيار] ، وفي (ع) : [فهذه خيار] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [إلا الخيار] ، بزيادة : [إلا] .

(٨) لفظ : [سهيل] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) مكانه : [سهل] وهو خطأ .

(٩) في (ص) : [اشترى] .

(١٠) أخرجه مسلم (١١٥٨/٣) ، الحديث (٢٤) .

(١١) هذا جزء من حديث أبي هريرة أخرجه الطحاوي (١٨/٤) .

١١٦٧٦ - فلما اختلف الخبر في مقدار المردود ، وفي إطلاق الخيار وتوقيته ، على أنه غير مضبوط في الأصل ، فأوجب ذلك التوقف فيه . وقد فعلت الصحابة ذلك في أخبار [1] أبي هريرة ، فروى أن النبي ﷺ قال : « من أصبح جنبًا فلا صوم له ، فقالت عائشة : رحم اللَّه أبا هريرة نحن أعلم بهذا منه » [2] .

وروى أنه عليه [الصلاة و] السلام قال : « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثًا » ، فقال له قيس الأشجعي [3] : فما يضع بالمهراس ؟ « [4] .

١١٦٧٧ - ولسنا نقدح في أبي هريرة ، ولا نرد أخباره ، لكنه أَكْثَرَ الرواية ، فإذا نُقِلَ عنه خبر مضطرب الألفاظ توقفنا فيه ، إذ اختلافه يؤدي لقلة [5] الضبط في أصله .

١١٦٧٨ - فإن قيل قد قبل [6] أبو حنيفة خبره في أكل الناسي وترك القياس به .

١١٦٧٩ - قلنا : قال أبو حنيفة : لولا قول الناس لقلت : يقضي ، فرجع إلى عمل الناس .

١١٦٨٠ - والخبر والعمل إذا انضم إلى الرواية كانت دلالة على صحتها ، فلم يترك قياس الأصول بمجرد خبره ، لولا عمل الناس به .

١١٦٨١ - وقولهم : كيف يجعل كثرة حديثه طعنًا ، وهذا يدل على كثرة علمه وحفظه [7] ليس بصَحيح ؛ لأنا قد بينا أنا لا نطعن فيه ، ولكن الصحابة أنكروا على الناس كثرة الرواية ومنعوا منها .

١١٦٨٢ - وقد قال أبو هريرة : « لو حدثت هذه الأحاديث على عهد عمر لرأيت الدرة تصعد على رأسي وتنزل » ، وإنما منعت الصحابة من الإكثار كراهة الغلط

---

(١) في (م) : [اختيار] .

(٢) هذا الحديث أخرجه أحمد في المسند (١٨٤/٦ ، ٢٦٦) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصيام » ، « باب ما جاء في الرجل يصبح جنبًا وهو يريد الصيام » (٥٤٣/١) ، الحديث (١٧٠٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مر الأشجعي] ، وفي (ص) : [مر] بدون إعجام ولعل الصواب ما أثبتناه من مسند أحمد .

(٤) المهراس : بكسر الميم ، قال ابن الأثير : « صخرة منقورة تسع كثيرا من الماء ، وقد يعمل منها حياض للماء » . راجع : النهاية « باب الهاء مع الراء » (٢٥٩/٥ ، ٢٦٠) ، لسان العرب ، مادة : « هرس » (٤٦٥٢/٦) ، المصباح المنير « الهاء مع الراء وما يثلثهما » (٦٠٨/٢) . وهذا الحديث أخرجه أحمد في المسند (٣٨٢/٢) .

(٥) قوله : [إذ اختلافه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [نقله] ، مكان : [بقلة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [قيل] .

(٧) لفظ : [وحفظه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

والتحريف على رسول الله ﷺ .

١١٦٨٣ - وقد قال أبو حنيفة رحمه الله : إن هذا الخبر منسوخ ، ولم يبين كيفية النسخ ، فيحتمل أن يكون وجه النسخ : أن التصرية أمر منهي عنه ، بدلالة : ما روي مسروق عن عبد الله قال : « أشهد على الصادق المصدوق ، أبي القاسم ﷺ أنه قال : إن بيع المحفلات خِلابةٌ ، ولا تحل خلابة مسلم (١) » .

١١٦٨٤ - وقد كانت العقوبات في ابتداء الإسلام تتعلق (٢) بالأموال (٣) ؛ بدلالة : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « في كل [أربعين] : بنت لبون ، فمن منعها (٤) فإنا نأخذها وشطر ماله ، عزمة من (٥) عزمات ربنا ، لا يحل لآل محمد منها شيء (٦) » .

وروى عبد الله بن عمرو (٧) : « أن رجلا من مزينة أتى النبي ﷺ ، فقال : ما ترى في حريسة الجبل ، (٨) ، قال : هي ومثلها والنكال ، وليس في شيء من الماشية (٩) قطع إلا ما أواه الجرين (١٠) ، مثله وجلدات نكال » (١١) .

وقال عليه [الصلاة و] السلام فيمن وقع على جارية امرأته : « إنها إن كانت طاوعته : كانت مملوكةً له (١٢) ، وكان عليه مثلها لامرأته ، وإن كان استكرهها :

(١) في (م) ، (ع) : [حلابة] ، بالحاء المهملة في المكانين ، وفي (م) : [ولا يحل] .
(٢) في (م) : [يتعلق] .
(٣) قاعدة : « كانت العقوبات في ابتداء الإسلام تتعلق بالأموال » ، وقد نسخت هذه الأحكام وجعلت العقوبة في الأبدان دون الأموال .
(٤) الزيادة من معاني الآثار ، وقوله : [فمن منعها] ساقط من (ع) .
(٥) قوله : [عزمة من] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) واضح أن المصنف ذكر الحديث بالتصرف مختصرًا . وقد أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الزكاة » ، « باب في زكاة السائمة » (٣٩٧/١) ، والطحاوي في المعاني « كتاب الزكاة » ، « باب الصدقة على بني هاشم » (٩/٢) .
(٧) في جميع النسخ : [عبد الله بن عمر] ، والصواب ما أثبتناه .
(٨) حريسة الجبل : الشاة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مأواها فتسرق من الجبل . انظر : النهاية (٣٦٧/١) ، المصباح المنير (١٢٤/١) .
(٩) في (ص) : [ليس] ، وفي (م) ، (ع) : [فليس] ، وفي جميع النسخ : [من الفاكهة] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ما أداه الحرس] .
(١١) أخرجه الطحاوي في المعاني ، في « كتاب الحدود » ، « باب الرجل يزني بجارية امرأته » (١٤٦/٣) ، والنسائي في المجتبى « كتاب قطع السارق » ، في « الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين » (٨٥/٨ ، ٨٦) ، وأبو داود بمعناه مختصرًا في السنن « كتاب الحدود » ، « باب ما لا قطع فيه » (٤٩٠/٢ ، ٤٩١) .
(١٢) لفظ : [له] ساقط من (ع) .

كانت حرة وعليه لزوجته مثلها » [١] .

١١٦٨٥ – ولذلك يجوز أن يكون الرد [٢] ، والفسخ من ضمان اللبن عقوبة له على الخداع [٣] ، وقد نسخت هذه الأحكام ، وجعلت العقوبة في الأبدان دون [٤] الأموال ، فصح ذلك أيضًا .

١١٦٨٦ – ويجوز أن يكون هذا قاله ﷺ في الحال التي كانت بيع الحمل واللبن في الضرع جائز ، وقد كانت هذه بيوعًا [٥] في الجاهلية ، فإذا باع المحفلة فقد باع الشاة واللبن ، ومن اشترى شيئين فشاهد أحدهما ثبت [٦] له خيار الرؤية فيهما جميعًا ، فأثبت النبي ﷺ رد الشاة لعدم رؤية اللبن وهو مبيع ، ثم نسخ بما روى أنه عليه [الصلاة و] السلام [نهى عن بيع الحمل ، وعن بيع اللبن في الضرع » [٧] ، وصار العقد واقعًا على الشاة وحدها ، ولا عيب بها ، ولا يثبت الرد ، ولهذا ألزم المشتري صاعًا من تمر حصة اللبن من التمر [٨] ؛ لأنه كان ابتاعها بتمر ، والذي قال : صاعًا من / حنطة] [٩] ؛ لأنه كان ابتاعها [١٠] بحنطة . ١٣٨/ب

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الرجل يزني بجارية امرأته » (٥١٠/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب النكاح » ، « باب إحلال الفرج » (١٢٤/٦ ، ١٢٥) ، والطحاوي ، في أول الباب السابق (١٤٤/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحدود » ، « باب ما جاء فيمن أتى جارية امرأته » (٢٤٠/٨) .

(٢) لفظ : [الرد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [الانخداع] .

(٤) لفظ : [دون] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في جميع النسخ : [بيوع] ويمكن تأويله على التقديم للخبر والمبتدأ مؤخر وهو نكرة موصوفة ، ويفيد دلالة تخصيص هذا البيع بزمن الجاهلية ! ، وقد أثبتناه بالنصب توخيا للوضوح .

(٦) لفظ : [ثبت] ساقط من (ع) .

(٧) رواه ابن ماجه في : « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص » (٧٤٠/٢) ، الحديث (٢١٩٦) ، وأحمد في المسند (٤٢/٣) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف « كتاب « البيوع والأقضية » ، « في بيع الغرر والعبد الآبق » (٦٠/٥) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (١٤/٣ ، ١٥) ، الحديث (٤٠ – ٤٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، الأول في « باب النهي عن بيع الغرر » ، والثاني : في « باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم واللبن في ضروع الغنم والسمن في اللبن » (٣٣٨/٥-٣٤٠) .

(٨) قوله : [حصة اللبن من التمر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي النص [تمر] بدل [حنطة] والمثبت هو الصواب .

(١٠) من قوله : [بتمر والذي] إلى قوله : [ابتاعها] ساقط من (م) ، (ع) .

١١٦٨٧ - فإن قيل : كيف يثبت الرد بخيار [1] الرؤية ، والشاة دون اللبن ، فتفرق الصفقة ، ومن أصلكم : أن من ابتاع شيئين لم يرهما وتعذّر الرد في أحدهما تعذر فيهما .

١١٦٨٨ - قلنا : إنما لا يجوز تفريق الصفقة في الإتمام ؛ لأنه يؤدي إلى جهالة البدل[2] ، فلما جاز العقد فيه فالحال التي كان يجوز فيها بيع اللبن كان لا يؤثر في العقد بالحظر وللجهالة ، فلذلك ثبت الفسخ في أحدهما دون الآخر .

١١٦٨٩ - وجواب آخر : وهو أن هذا خبر واحد ، ورد مخالفًا [3] للأصول ، وذلك لأنه أثبت الفسخ لا لنقص ولا لفوات شرط ، ويفسخ العقد لأن البائع غير المبتاع وإن كان المبتاع لم يشاهد ضرعها ولا خطر له لبنها [4] .

١١٦٩٠ - والغرر إذا أثر في العقد لم يجز أن يؤثر والمشتري لم يعتبر به . وتحريم اللبن وما في مضمون الخلقة لا حصة له في الثمن كاللحم [5] والحمل ، وإذا ثبت الرد مع نقصان ثبت في البيع ؛ لأن حلب اللبن يقصر فيه ، ثم جعل اللبن مضمونًا بغير جنسه ، والأصول مبنية على أن اللبن يضمن مثله ، ثم قدره بصاع زائدًا أو ناقصًا ، والأصول تضمن بمقدارها ، ولا يتقدر [6] ضمانها تقديرًا لا يزيد ولا ينقص ، ثم أوجب على المبتاع صاعًا ، وإن كان ثمن الشاة أولى من صاعٍ ، ثم تسلم [7] للبائع المبيع والثمن وزيادة عليه .

١١٦٩١ - ومن أصلنا : أن خبر الواحد إذا كان مخالفًا للأصول لم يجب العمل به ، ووجب حمله على وجه يوافقها ؛ لأن الأصول مقطوع بها ، فلا تترك أحكامًا معلومة بالظن ؟!

١١٦٩٢ - فإن قيل : فلم قبلتم خبر [8] نبيذ التمر والقهقهة ؟ .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت الرد بخلاف] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [البدن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [مخالفنا] .

(٤) في (م) : [ولا خطر لها لبنها] ، و في (ع) : [ولا حضر لها لبنها] ، المثبت من (ص) ، أي لا خطر بباله لبنها .

(٥) لفظ : [واللحم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ع) : [ولا يتعذر] .

(٧) وفي (م) ، (ع) : [نسلم] بالنون .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلم قلتم يتخير] . وقد تقدم تخريج خبر نبيذ التمر في مسألة (٤) ، وخبر القهقهة في مسألة (٣١) .

١١٦٩٣ - قلنا : لأنهما لم يخالفا قياس الأصول ، ألا ترى : أن الماء المتغير لم يجمع على امتناع الوضوء [به] (١) ؛ لأن من الفقهاء من جوز الوضوء بالخل ونبيذ الزبيب .

١١٦٩٤ - وكذلك خبر القهقهة لا يخالف الأصول ؛ لأنه يضمن (٢) حكمًا لم يجمع على خلافه ؛ ألا ترى : أن الخبر يقتضي مخالفة الصلاة لما قبلها من إيجاب الطهارة ، وهما مختلفان بالاتفاق عندنا في القهقهة ، وعندهم في المتيمم إذا رأى الماء في الصلاة ، وإنما كل واحد من هذين الخبرين يخالف قياس الأصول ، وعندنا أن خبر الواحد أولى من قياس الأصول .

١١٦٩٥ - فإن قيل : إذا خالف الخبر الأصول صار أصلًا في نفسه .

١١٦٩٦ - قلنا : الأصول المقطوع عليها لا يجوز أن يساويها أصل ثبت عن مظنون ويعارضها .

١١٦٩٧ - فإن قيل قولكم : إنه أثبت الفسخ لغير (٣) نقص ، ولا فوات شرط ليس بصحيح ؛ لأنه غره وخدعه فنقص المبيع عما شاهده .

١١٦٩٨ - قلنا : هذا يبطل إذا حبسه بخيط حتى ظن أنه خياط .

١١٦٩٩ - ثم الخبر يقتضي الفسخ بالتصرية وإن لم يشاهد (٤) المشتري الضرع ولا عاينه ولا خطر بباله ، فكيف يكون البيع لأجل الخداع ، .

١١٧٠٠ - قالوا : قولكم أن في مضمون الخلقة (٥) لا حصة له كاللحم والحمل : لا يصح ؛ لأن الحمل واللحم لا يمكنه أن يفصله في الحال وتسلمه ، واللبن يقدر على إخراجه في الحال ، فلذلك كان له حصة من الثمن .

١١٧٠١ - قلنا : هذا الاختلاف لا يمنع أن يساوي اللبن الحمل في أن كل واحد منهما لا يجوز إفراده بالعقد ، لذلك لا يمنع تساويهما في سقوط الحصة .

١١٧٠٢ - قالوا : قولكم : إنه أثبت الفسخ مع نقصان الحلب ؛ لأنه (٦) لا يقف على العيب إلا به ، فلم يمنع الرد كمن اشترى جوزًا أو بيضًا فكسره .

---

(١) زيادة مقدّرة أقحمت للبيان .

(٢) في (ص) : [ولذلك] ، مكان : [وكذلك] ، وفي (ع) : [تضمن] ، مكان : [يضمن] .

(٣) في (ع) ، (ن) : [بغير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وان شاهد] .

(٥) في (م) : [الحفلة] ، وفي (ع) : [المحفلة] ، مكان : [الخلقة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولأنه] ، بالعطف .

١١٧٠٣ - قلنا : قولكم في كل واحد من هاتين المسألتين يخالف الأصول ، فلا يستشهد بأحدهما على الآخر .

١١٧٠٤ - قالوا : قولكم : إنه قَوَّمَ اللبن بغير جنسه - لأن قدره غير معروف - فضمنه بغير جنسه حتى لا يؤدي إلى الربا ، كما نقول جميعًا فيمن استهلك إناء فضة قُوِّم بالذهب .

١١٧٠٥ - قلنا : لو كان كذلك لوجب إذا اشترى صبرة مكايلة وقبض بعضها بغير كيل فهلك الباقي في يد البائع أن يضمن المشتري قيمة ما قبضه بغير جنسه ، كذلك لو اغتصب لبنًا (١) لا يعرف قدره فلا يُضْمَن فلما لم يقبل (٢) هذا جعلنا القول قول الضامن ، وألزمناه ما يعرف به ، على [أن] (٣) ما قالوه يخالف الأصول .

١١٧٠٦ - فإن قيل : قد أوجب الثمن عليه [الصلاة و] السلام في الـمُصَرَّاة من الإبل وحجب عن (٤) جنسها من الغنم .

١١٧٠٧ - قلنا : وجوب الدية في الحيوان أصل فاسد بالإجماع ؛ ولا يعتبر (٥) مخالفته بأصل آخر .

١١٧٠٨ - فإن قيل : قولكم : إنه ضَمَّنه قيمة اللبن صاعًا زائدًا أو ناقصًا لا يخالف الأصول ؛ لأنه قدر ذلك لإسقاط التنازع ، كما قدر ما يجب في الجنس . وسوى بين الذكر والأنثى لما لم يمكن الوقوف على حال كل منهما ، وسوى بين القليل والكثير في الموصي به في قدر المضمون .

١١٧٠٩ - قلنا : هناك ضمان جناية ، وضمان الجنايات مقدر في الأصول ، وهذا ضمان مال وذلك لا يتقدر .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من اغتصب لبنًا] .

(٢) لفظ : [فلا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لم يقل] ، مكان : [لم يقبل] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في جميع النسخ : [قد أوجب الثمن ﷺ] ، وفي (م) ، (ع) : [هرب من] ، مكان المثبت والعبارة في النسخ : [وهدب عن جنسها ، ولا من الغنم] وما أثبتناه قد يكو صحيحًا ، والإبل هنا تعرب بدلًا من المُصَرّ وهو بدل بعض من كل ! . الهدب : له معان عديدة ، لعل المراد هنا : ضرب من الحلب ، وفي لسان العرب : « وهدب الناقة يهدبها هدبًا : احتلبها ، والهَدْبُ بالجزم : ضرب من الحلب ، يقال : هدب الحالب الناقة يهدبها هدبًا إذا حلبها » في مادة « هدب » (٤٦٢٩/٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بابتداء الإجماع] ، مكان : [فاسد بالإجماع] .

١١٧١٠ – فإن قيل : قولكم إن ثمن الشاة إذا كان صاعًا أو أقل ردها ورد صاعًا معها ، فاجتمع له التمر [1] والزيادة والمبيع ، ولا يصح ؛ لأن من أصحابنا من قال : إن [2] كان ثمنها صاعًا قوّم اللبن بأقل من صاع .

١١٧١١ – قلنا : لسنا نتكلم على مذهبكم وإنما نتكلم [3] على مخالفة الخبر الأصول ، والخبر يقتضي وجوب رد الصاع في جميع الأحوال .

١١٧١٢ – قالوا : من ابتاع عبدًا بصاع تمر لزمه برده صاع [4] تمر ، وإن كانت الصدقات إخراج قليل من كثير .

١١٧١٣ – قلنا : هذا مخالف لأصول الصدقات ، لكنه حكم مجمع عليه ، فصار أصلًا في نفسه .

١١٧١٤ – وجواب آخر : وهو أن أبا يوسف حمل الخبر على من باع محفلة بشرط حلابها مقدارًا ، فهذا بيع فاسد عندنا لمعنى ملحق ، فإذا وقف على حالها كان بالخيار بين إمساكها وإسقاط الشرط ، وبين ردها بالفساد الحادث في البيع الفاسد المضمون على المشتري وإن تعذر رده لتغيره [5] ، فأوجب عوضه مرة تمرا ومرة طعامًا لإمكان غالب نقدهم ، وهذا التأويل وإن كان فيه إثبات شرط غير مذكور فهو أولى من حمله على ما يخالف الأصول الثابتة المجمع عليها .

١١٧١٥ – قالوا : روى مثل قولنا عن أبي هريرة ، وابن مسعود ﷺ [6] ، ولا مخالف لهما .

١١٧١٦ – قلنا : هذا لا يثبت [7] الإجماع ؛ لأنه لم ينتشر ، ولم يجب تقليدهم عندنا فيما خالف الأصول الثابتة .

١١٧١٧ – قالوا : بدل يخلف الثمن لأجله ؛ فوجب أن يملك به الرد ، كما لو غير نبطية بخضاب [8] ، أو سوّد شعرها .

---

(١) في (م) : [التمر] وفي غيرها : [الثمن] . (٢) في (م) ، (ع) : [إذا] .

(٣) قوله : [على مذهبكم وإنما نتكلم] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في باقي النسخ [تصرية] . (٥) في (م) ، (ع) : [كتعييره] .

(٦) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [لا يثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كلس] ، مكان : [دلس] ، وقوله : [نبطية بخبره] ، بدون نقط في جميع النسخ ، وما أثبتناه أقرب للمعنى المقصود فيما يتضح من السياق .

١١٧١٨ - قلنا : أما أن يخضب [١] الشعر فلا يثبت به خيار ؛ لأن كونها نبطية [٢] ليس بعيب ، وأما سواد الشعر فلا يثبت الخيار بالتدليس فيه ، ولا يثبت الخيار الشيب خاصة إن لم يخضبه . وفي مسألتنا : لو [٣] لم يدلس بنقصان الخبر لم يثبت الخيار ، كذلك إذا دلسه ، كاللحم والحمل .

١١٧١٩ - وفرق محمد : إن صهوبة [٤] الشعر عيب وإن لم يدلس بالخضاب ، فأما إن خضب الشعر فلا يثبت الخيار ؛ لأن الشقرة [٥] ليست بعيب ، فتحسينها [٦] بالخصاب لا يثبت الخيار .

١١٧٢٠ - وقد جعل بعضهم أصل هذه العلة إذا باع رحى وقد جمع الماء ثم أرسله عند البيع حتى شاهده المشتري : وهذا على تفصيل : فإن كان الماء الأصلي يدير الرحى [٧] إلا أنه زاد فيه بالجمع فلا خيار له ؛ لأن قلة الطحن ليس بعيب . وإن كان لا يدير الرحى ولا يفيد به ، فهذا عيب في نفسه ، دلسه بجمع الماء أو لم يدلسه ، فلا فرق بينه وبين الخضاب .

* * *

---

(١) في النسخ : يحصد ، والمثبت هو الصحيح .

(٢) في (م) ، (ع) : [حنطة] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالسبب حصه إن لم يحصه] ، وفي (ص) أيضا : [حصة] ، مكان : [خاصة] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [وفوف محمد أن صهوته] ، وفي (ص) : [وقول] ويمكن : [وفرق] ، بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [السفرة] ، وفي (ص) : [السقرة] ، بالسين المهملة ، وتصويبه : بالشين المعجمة ، الشقر ، والسقرة : مصدر الأشقر ، والشقرة : لون الأشقر ، وهو الذي يعلو بياضه حمرة صافية . راجع : لسان العرب ، مادة : [شقر] (٢٢٩٧/٤) ، المصباح المنير ، « الشين مع القاف وما يثلثهما » (٣٠٠/٢ ، ٣٠١) .

(٦) في (م) : [فيحسنها] ، وفي (ع) : [فحسنها] .

(٧) في (ص) : [الرحا] ، وفي (م) ، (ع) : [يريد الرحا حتى شاهده المشتري وهذا على التفصيل] ، بالزيادة وهو سهو ، الصواب ما أثبتناه مقصورا . الرحى : الطاحون ، مؤنث ، وتصغيرها : رُحَيَّة ، وجمعها : أرحاء . راجع : المصباح المنير ، مادة : « رحى » (٢١٠/١ ، ٢١١) .



مسألة ٦٠٣

اطلاع المشتري على عيب في المبيع بعد زيادته عنده

١١٧٢١ - قال أصحابنا : إذا ولد [١] المبيع في يد المشتري ، أو حلبت الشاة ، أو أثمر النخل ، ثم اطلع على عيب والزيادة في يده : لم يجز رد المبيع بالعيب [٢] .

١١٧٢٢ - وقال الشافعي : يرد الأصل ، وتسلم له الزيادة [٣] .

١١٧٢٣ - لنا : أنه نماء من نفس المبيع ، فوجب أن لا يفسخ على الأصل دونه .

١١٧٢٤ - قالوا : نماء يتميز ، فصار كالكسب .

١١٧٢٥ - قلنا : ليس إذا لم يتميز النماء ما يجب أن يتبع [٤] المبيع في الفسخ ، كما لو خلط [٥] المبيع بغيره .

١١٧٢٦ - وعلة الفرع تبطل بالأرش ؛ لأنه نماء متميز ينفصل ، فجاز أن يمنع الرد ، أصله : الأعضاء .

١١٧٢٧ - ولا يلزم الدم والسرجين [٦] ؛ لأنه ليس بمتقوم .

١١٧٢٨ - فإن قيل : المعنى في الأعضاء إذا قطعت : أنه حدث بالمبيع عيب ، فلهذا يمتنع [٧] الرد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولدها] ، بزيادة الضمير ، وهو خطأ .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٦/١) ، المسألة (١٩٩٥) ، تحفة الفقهاء « باب خيار العيب » (١٠٠/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣١٥-٣١٧ ، المسألة (١٣١) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٨٤/٥-٢٨٦) ، فتح القدير وبذيله العناية (٣٦٧/٦-٣٦٩) ، مجمع الأنهر « فصل في خيار العيب » (٤٠/٢) ، رد المحتار (٨٤/٤) .

(٣) راجع المسألة في : مختصر المزني « باب الرد بالعيب » ص٨٢ ، ٨٣ ، المهذب مع المجموع (٢٠١/١٢) ، حلية العلماء (٢٥٢/٤-٢٥٤) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٧٨/٨) وما بعدها ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٦٧/٤) ، المنتقى ، في « العيب في الرقيق » (١٩٨/٤ ، ١٩٩) ، بداية المجتهد « باب في طرو النقصان » (١٩٧/٢ ، ١٩٨) ، المقدمات الممهدات : « كتاب العيوب » (١٠٣/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يبيع] ، وفي (ص) : بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [أخلط] .

(٦) السرجين : الزِّبْلُ والسماد المتخلف عن روث الحيوانات وبولها .

(٧) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

١١٧٢٩ - قلنا : ليس النقص هو المانع ، وإنما المانع هو الأرش عندنا ؛ بدلالة : أن البائع [١] لو رضي بأخذه لم يكن له ذلك مع وجود الأرش .

١١٧٣٠ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لو حدث في يد البائع [٢] [لم يثبت الخيار .

١١٧٣١ - قلنا : إذا قطع المشتري يد العبد في يد البائع] ، فلا خيار له ، ولو فعل ذلك بعد القبض منع الرد .

١١٧٣٢ - ولأنه ولد حادث في يد المشتري فلا يملك رد الأمر فيه . أصله : ولد الجارية المقبوضة ببيع فاسد .

١١٧٣٣ - ولأنه ولد حادث في يد أحد المتعاقدين فلا يسلم للمشتري مع فسخ العقد في الأم ، كما لو حدث في يد البائع .

١١٧٣٤ - ولأنه نماء من نفس المبيع ، فلا يسلم للمشتري بغير شيء مع الفسخ ، كالمصراة إذا حلبها ، ثم اطلع على عيب بها غير التصرية .

١١٧٣٥ - ولأن البائع ضمن سلامته بالعقد ، فلم يسلم للمبتاع بغير العقد ، كالملك .

١١٧٣٦ - ولأن الولد موجب بالعقد ؛ بدلالة : أن المشتري يرجع بقيمته إذا وطئها ثم استحقت ، وموجب العقد لا يسلم [٣] للمشتري مع فسخ العقد كالملك والقبض .

١١٧٣٧ - فإن قيل : لا نسلم أنه موجب بعقد البيع [٤] ؛ لأنه مستفاد بملكه ، كالكسب ، وما استفاده المشتري بملكه فليس بموجب العقد [٥] ، كالكسب - وليس ضمان فيه ؛ لأنه موجب بالعقد لكن لأنه غيره . ألا ترى : أنه إذا زوجه امرأة على أنها حرة فظهرت [٦] أمة رجع بقيمة الولد / ، وإن كان الولد غير موجب بعقد النكاح . ١٣٩/أ

١١٧٣٨ - قلنا : معنى قولنا « أنه موجَب بالعقد » : أنه ضمن له بالعقد سلامته . ولهذا نقول : إنه يضمن في النكاح ؛ لأنه إذا زوجها على أنها حرة فقد أوجب له سلامة الولد في عقد فيه بدل يضمن قياسًا على البيع . ولا يجوز أن يكون الضمان بالغرور

---

(١) في (م) ، (ع) : [هو الأرش بدلالة البائع] ، بحذف : [عندنا] و [أن] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [لا يسلم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المبيع] .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فخرجت] ، مكان : [فظهرت] .

خاصة ؛ لأن هذا مردود كما [١] في الهبة ، ولا يرجع فيها بقيمة الولد .

١١٧٣٩ - [وقد التزم بعضهم الهبة ، وقال إن المرهون يرجع بقيمة الولد] [٢] ، وهو غلط ؛ لأن الهبة بشرط إذا استحقت لم يرجع بشيء ، وكيف يرجع بمقتضاها من الولد عند الاستحقاق ؟ .

١١٧٤٠ - فإن قيل : إذا رجع بقيمة الولد فلأنه متولد من أصل مضمون . ألا ترى : أن الأم إذا استحقت رجع الضمان ، وكذلك ولدها ، والمرهونة ليست مضمونة عندنا بالاستحقاق ، وكذلك ولدها .

١١٧٤١ - قلنا : لا يجوز أن يكون ضمان الولد في البيع من حيث ضمان أمه ، ألا ترى : أن الأم إذا استحقت رجع بالثمن ولا ثمن للولد . فإذ استحق رجع بقيمته ، فعلم أنَّ الرجوع كضمان الولد من حيث أوجبه بالعقد لا من حيث ظنوا [٣] .

١١٧٤٢ - احتجوا : بأنه نماء حدث من يد المشتري ، فوجب أن يمنع من الرد ، أصله : الكسب .

١١٧٤٣ - قلنا : الكسب ليس بمتولّد من البيع ولا بدلَ جزء منه [٤] ، وإنما هو مأخوذ من أموال الناس ، ولا يضر [٥] في حكم المبيع ، فالولد متولد من المبيع ، فلم يجز أن يسلم للمبتاع مع الفسخ خاليًا من ضمان ، كاللبن في المصراة .

١١٧٤٤ - ولأن أحكام الأصل تسري إلى ما تولد منه ، ولا تؤثر [٦] في كسبه ، بدلالة : أن أم ولد [٧] الولد والمدبرة في حكمها ، ولو كسبا عبدًا لم يتغير [٨] حكمه ، ولا يثبت له ما ثبت لهما من حق الحرية . كذلك في مسألتنا : الولد يصير في حكم الأصل حتى لا يسلم [٩] للمشتري مع الفسخ بغير عوض ، وإن كان الكسب بخلافه .

١١٧٤٥ - قالوا : كل مبيع له رده بالعيب إذا لم يَنْمُ كان له رده وإن نما ، كالمتصل [١٠] .

---

(١) لفظ : [كما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما ظنوا] ، بزيادة : [ما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حرمته] ، مكان : [جزء منه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا يضر] . (٦) في (م) ، (ع) : [مؤثرة] .

(٧) لفظ : [ولد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم يتعين] . (٩) في (م) ، (ع) : [لا نسلم] .

(١٠) قاعدة : كل مبيع له رده بالعيب إذا لم ينم كان له رده وإن نما كالمتصل .

١١٧٤٦ – قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن النماء المتصل عندنا يمنع الفسخ ، كالمنفصل .

١١٧٤٧ – قالوا : كل فائدة لا تمنع [١] من الرد إذا لم تكن أثمانًا لم تمنع منه وإن كانت أعيانًا ، كما لو وجد العبد كبيرا .

١١٧٤٨ – قلنا : المستفاد من الأصل قد يمنع عندنا وإن لم يكن عينًا ، كالوطء .

١١٧٤٩ – والمعنى في الأصل : أنه لا يُمْلَك بملك الأصل ؛ لأن العبد المستأجر إذا عمل في طلب الكسب كان للمستأجر ، فلذلك كان له أن يسلم للمشتري مع الفسخ في الأصل ، كما نسلم ابتداء للمستأجر من غير ملك [٢] ، والولد لا يجوز أن يستحقه المشتري مع فسخ الملك في الأصل .

١١٧٥٠ – قالوا : لو مَنَعَ الولدُ من الرد إذا حدث بعد القبض لوجب أن يملك به الرد إذا حدث بعد العقد قبل القبض ، كالعيب [٣] .

١١٧٥١ – قلنا : هذا قياس عكس ؛ فلا يصح على أصلهم ، وهو باطل بجناية المشتري إذا حدث بعد القبض منعت الرد ، ولو كانت قبل القبض لم يثبت الرد .

١١٧٥٢ – قالوا : النماء معين إذا تلف لم يمنع من رد الأصل بالعيب ، فوجب أن لا يمنع مع بقائه ، أصله : الكسب .

١١٧٥٣ – قلنا : ليس يمتنع أن يؤثر الشيء في الرد ، فإذا زال ثبت الرد ، كالعيوب .

١١٧٥٤ – قالوا : العيب لا فرق بين أن يزول بنفسه أو بفعل المشتري ، فلو كانت الزيادة مثله لوجب إذا اشترط ذلك المشتري الزيادة ، ثبت [٤] له الرد ، كما لو هلكت .

١١٧٥٥ – قلنا : المانع عندنا من الرد : سلامة الزيادة له بغير عوض ، فإذا أتلفها كانت في حكم الكسب بمنزلته ، فصار بقاؤها وإتلافها سواء ، والمعنى في الكسب ما قدمناه .

١١٧٥٦ – قالوا : الولد والكسب سبب ملكهما ملك الرقبة فهما سواء ، والمنفعة متولدة من العين ، كالولد .

١١٧٥٧ – قلنا : قد بينا الفرق بينهما ، أن أحدهما يملك من غير ملك الأصل ، بدلالة : أن المستأجر يستحق الكسب وهو لا يملك الأصل ، فإذا جاز أن يملكه ابتداء

---

(١) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [لا يمنع] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذلك] ، مكان : [ملك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كالعنب] .

(٤) في (ع) : [ثبتت] .

من لا يملك الرقبة جاز أن يبقى ملكه ، فلا يمنع من رد الأصل بالعيب ، أصله : إذا حدث في يد البائع .

١١٧٥٨ - قلنا : ذاك دليلنا ؛ لأنه لا نسلم للمشتري مع الفسخ ، فكذلك في مسألتنا لا نسلم له النماء مع الفسخ .

١١٧٥٩ - ولأن الولد الحادث في يد البائع داخل في التسليم الموجب للعقد ويقع عليه ، فجاز أن يقع عليه الفسخ .

١١٧٦٠ - وهذا لا وجه له في الولد الحادث بعد القبض ؛ لأنه لم يقع عليه العقد ولا التسليم الموجب به ، فلم يكن تبعًا [1] فلم يجز وقوع الفسخ عليه ، ولا يجوز أن يسلم المبتاع بغير شيء ؛ لأنه موجب بالعقد على ما قدمنا .

١١٧٦١ - فإن قيل : عندنا يجب تسليم الولد .

١١٧٦٢ - قلنا : لو كان يستحقه إذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول لم يسلم الولد .

١١٧٦٣ - قلنا : لو كان يستحقه المشتري بحكم الملك - لم يجب على البائع تسليمه ، كما لا يجب عليه أن يسلم ما أتلفته [2] الريح في داره ، وإنما يجب أن يرفع يده عنه ، فلا يجب عليه تسليمه فدل على أنه دخل في البيع .

١١٧٦٤ - ولأن مخالفنا لا يخلو إما أن يقول : يجوز التصرف في الولد ، أو لا يجوز ، [فإن قال : لا يجوز التصرف فيه ، فهذا صورة المبيع أن التصرف فيه لا يجوز][3] مع بقاء البائع فيه .

١١٧٦٥ - فإن قالوا : يجوز التصرف فيه ؛ لم يصح لاستحالة [4] أن يملك التصرف فيه ، وهو لا يملك التصرف فيما استفاد به .

١١٧٦٦ - قالوا : كل عقد لا يمنع وجود الكسب من فسخه لم يمنع وجود النماء .

---

(١) قوله : [فلم يكن تبعًا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما أتلفه] .

الريح مؤنثة على الأكثر ، وتذكر على معنى الهواء ، فيقال : هبت الريح ، وهب الريح . راجع : المصباح المنير « الراء مع الواو ، وما يثلثهما » (٢٣١/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [استحالة] .

أصله : الهبة .

١١٧٦٧ - قلنا : الولد من الهبة ليس بموجَب لعقدها على ما قدمناه ، فلم يمنع الفسخ [١] ، والولد في البيع موجَب ، فلهذا لم نسلم بجواز فسخه .

١١٧٦٨ - ولأن الهبة يجوز أن يُستَحقَّ بعقدها ما لم يتناوله العقد ؛ فإن العمري يُمَلِّكه إياها فيمْلِكُها أبدًا ، فيجوز أن يملك نماءها مع فسخها ، والبيع لا يملك العقد ما لم يملكه ، فلم يجز أن ينفي نماء مع فسخه .

١١٧٦٩ - ومنهم : من احتج في هذه المسألة بما روي : أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ، ثم أراد رده بالعيب وطلب البائع غلته ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : « الخراج بالضمان » [٢] .

١١٧٧٠ - قلنا : إن كان الاستدلال بفسخ العقد [٣] مع سلامة المنافع ، فهو قولنا . وإن كانوا يقولون : إن الولد خراج ، فخطأ [٤] اسم للغلة ، والمال الذي يضرب على وجه لا يتساوى ، ولو سلمنا [٥] أنه خراج اقتضى الخبر أنه مملوك للضامن ، ولذلك [٦] نقول : فإن قالوا لا يمنع كالمنافع والغلة كان هذا الاستدلال بالقياس للخبر .

* * *

(١) في (ص) : [فسخ] ، بدون الألف واللام .

(٢) أخرجه الشافعي في المسند ترتيب السندي في « كتاب البيوع » ، « الباب الأول فيما نهى عنه من البيوع وأحكام أخر » (١٤٣/٢ ، ١٤٤) ، الحديث (٣٧٩ ، ٣٨٢) ، وأحمد في المسند (٤٩/٦ ، ٨٠ ، ١١٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارات » ، « باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبا » (٢٧٨/٢ ، ٢٧٩) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « الخراج بالضمان » (٢٥٥/٧) .

(٣) قوله : [لاستدلال] ، و [العقد] ساقطان من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) : [محا] ، مكان : [خطأ] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الإنشاء وهو لو سلمنا] ، مكان : [لا يتساوى به ولو سلمنا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

مسألة ٦٠٤

حكم رد الجارية بالعيب بعد وطئها

١١٧٧١ - قال أصحابنا : من اشترى جارية [١] فوطئها ثم اطلع على عيب ، لم يملك ردها ، ورجع بالأرش ، وكذلك [٢] إن لمسها بشهوة أو قبلها ، ذكره أبو الحسن في « جامعه » [٣] .

١١٧٧٢ - وقال الشافعي : إذا كانت ثيبًا ردها ، والوطءُ أقل من الخدمة [٤] .

١١٧٧٣ - لنا : أن الوطء في الثيب أجرى مجرى إتلاف جزء منها حكمًا ؛ لإجماع الصحابة .

١١٧٧٤ - قال عمر بن الخطاب ﷺ : يردها ويرد نصف عشر قيمتها ، وقال في الخيار : يردها مع أرش الجناية .

١١٧٧٥ - وقال علي ﷺ : لا يردها في المسألتين [٥] ؛ فدل على أنهما أجريا وطء الثيب مجري الجناية .

١١٧٧٦ - فإن قيل : لا يعرف هذا عن عمر ﷺ .

١١٧٧٧ - قلنا : رواه شريك ، عن جابر ، عن عامر ، عن عمر ، ورواه جعفر ابن محمد ، عن أبيه ، عن علي بن الحسين ، عن علي بن أبي طالب [٦] .

(١) في (م) ، (ع) : [إذا] ، مكان : [من] . والبكر والثيب سواء عند الحنفية .

(٢) في (م) ، (ع) : [كذلك] ، بدون العطف .

(٣) أبو الحسن : هو عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخي . وقد تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) ، لعل المراد بجامعه : شرح جامع الصغير . راجع المسألة في : بدائع الصنائع (٥/٢٨٢ ، ٢٨٣) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٣١٥ ، رد المحتار مع الدر المختار (٤/٩٨) .

(٤) راجع المسألة في : الأم « باب المصراة والرد بالعيب » (٣/٦٨) ، مختصر المزني ص٨٣ ، المهذب مع المجموع (١٢/٢٢٢) ، الموطأ مع المنتقى في « العيب في الرقيق » (٤/١٩٢ ، ١٩٣ ، ٢٠٠ ، ٢٠١) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرد بالعيب » (٢/٧١٠) ، بداية المجتهد (٢/١٩٧) ، المغني (٤/١٦١ ، ١٦٢) ، الكافي لابن قدامة (٢/٨٦) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » في « الرجل يشتري الأمة فيطؤها ثم يجد بها عيبًا » (٥/١٠٤) ، وعبد الرزاق في المصنف « باب الذي يشتري الأمة فيقع عليها » (٨/١٥٢) ، الأثر (١٤٦٨٥) .

(٦) في جميع النسخ : [جعفر عن محمد] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

١١٧٧٨ - فإنْ قيل : كيف يكون هذا إجماعًا ولم نعلم انتشاره [(١)] .

١١٧٧٩ - قلنا : قضاء الأئمة يظهره [(٢)] ، وقد قال كقول عمر : سعيد بن المسيب [(٣)] ، وعمر بن عبد العزيز ، وإبراهيم النخعي ، وشريح [(٤)] .

١١٧٨٠ - وقال كقول [(٥)] علي ﷺ : الزهري ، والحسن [(٦)] .

١١٧٨١ - وهذا يدل على ظهور المذهبين وانتشارهما حتى أخذ كل فريق من التابعين [(٧)] بأحد القولين .

١١٧٨٢ - فإن قيل : قد قال عمر بالرد وهو قولنا .

١١٧٨٣ - قلنا : لسنا [(٨)] نتكلم في مسألة الرد ، وإنما [(٩)] نتكلم في غيرها .

١١٧٨٤ - ولأن عمر أثبت الرد مع الأرش وهم لا يقولون ذلك .

١١٧٨٥ - فإن قيل : مسألة الرد وكيفية الرد مسألة أخرى ؛ فيجوز الأخذ بأحد المذهبين .

١١٧٨٦ - قلنا : إذا ثبت الرد بشرط ، فمن قال بالرد بغير شرط فقد خالفه .

١١٧٨٧ - فإن قيل : يجوز أن يكون عمر اعتقد أن الرد فسخ للعقد من أصله ، فأوجب العقر [(١٠)] ؛ لأنه وطء ملك الغير ، لا لأنه أجراه مجرى الجناية .

١١٧٨٨ - قلنا : لو أوجب مهرًا لم يقدره ؛ لأن التقدير لا يكون إلا في الجناية ، دل أنه جعله جناية .

١١٧٨٩ - فإن قيل : روى عن زيد بن ثابت مثل قولنا [(١١)] .

---

(١) في (ع) : [بانتشاره] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يطهر] ، بالطاء المهملة ، وفي (ص) بدون نقطة الأولى ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن سعيد بن المسيب] ، بزيادة : [عن] .

(٤) أخرج عبد الرزاق أقوال هؤلاء الأئمة (١٥٣/٨ ، ١٥٤) : برقم (١٤٦٨٧) ، وابن أبي شيبة (١٠٤/٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بقول] .

(٦) أخرجه عبد الرزاق برقم (١٤٦٨٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [البايعيان] .

(٨) في (ص) : [لسلنا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإنما] .

(١٠) في (ع) : [المهر] . قال المطرزي : « العُقر ، بالضم : صداق المرأة إذا وطئت بشبهة » ، وقال الفيومي : « دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها ، ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر » . راجع : المغرب « العين مع القاف » ص٣٢٢ ، المصباح المنير ، العين مع القاف ، وما يثلثهما » (٣٩٨/٢) . وروى عبد الرزاق عن الثوري ، عن أبي مليكة ، قال : « يردها ويرد العقر » ، في المصدر السابق ، الأثر (١٤٦٩٠) .

(١١) لم نقف على حديث زيد بن ثابت بعد .

١١٧٩٠ - قلنا : هذا لا نعرفه ، ولا يمكن أن يضيعه [1] الركبان من كتاب الحديث ، وإنما زعموا أن [2] أبا عسكر الطبري ذكره .

١١٧٩١ - ومن أصحابنا من حكى مذهب عمرَ وزيدٍ مذهبًا واحدًا .

١١٧٩٢ - فإن رووا عن زيد أنه قال : يردها : لم يكن فيه دلالة ؛ لأنه يجوز أن يقول : يردها مع الأرش ، ولسنا نتكلم في مسألة الرد وإنما نتكلم في مسألة أخرى .

١١٧٩٣ - ولأن الوطء التام إذا حصل في ملك الغير - التام الملك - لم يخل من عقوبة لو عُدَّ أنه كالجناية .

١١٧٩٤ - ولا يلزم العاقلة تدعو مجنونًا [3] : المهر يجب ويسقط ؛ لأنها لو ألزمته مع ذلك ثبت الرجوع عليها ؛ لأنها استعملته فيما لزمته به الوصلة .

١١٧٩٥ - ولا يلزم البائع إذا وطئ المبيعة ؛ لأن [4] ملك المشتري لم يتم .

١١٧٩٦ - ولا يلزم الحربي يزني بمسلمة ؛ لأن فعله يوجب الحد ، فيجب بوطئه المهر ويسقط ، كمن زوج أمته من عبده .

١١٧٩٧ - فأما الجناية من العبد على سيده ؛ فقد أجريت مجرى جناية السيد على نفسه ، بدلالة : أنه لو جنى على غيره لكان من ماله ، فإذا جنى عليه فكأنه هو الجاني على نفسه .

١١٧٩٨ - ولأن الوطء معنى لا يملك إباحته من ملكه ، كالجناية .

١١٧٩٩ - ولأنه آكد من الجناية ؛ بدلالة : أن الجناية تقع غير موجبة للضمان إذا أذن في سببها ، والإذن في سبب الوطء لا / يسقط الضمان ، وإذا ثبت أن الوطء في حكم الجناية ولو جنى عليها ثم اطلع على عيب لم يردها ، كذلك هذا . ١٣٩/ب

١١٨٠٠ - فإن قيل : الجناية على البهيمة تمنع الرد ، ووطؤها لا يمنع الرد .

١١٨٠١ - قلنا : الوطء من الآدمية يجري مجرى الجناية ، بدلالة : ما ذكرنا ، فأما

---

(١) في (ص) : [نصيعوه] ، بدون الفاء ، لعل الصواب ما أثبتناه من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) ، (م) : [تدعوا] ، بدون نقطة التاء ، وفي (ص) : [مجنونًا] بدون نقطتي الجيم والنون ، ومعنى هذه العبارة أن العاقلة التي تدعو مجنونا إلى وطئها يجب لها المهر ويسقط ؛ لأنها لو ألزمته المهر كان له الرجوع عليها ، لوجوب ما وجب عليها بسبب من جهتها فكان له الرجوع .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأنها] .

من البهيمة فلم يجر مجري الجناية عليها .

١١٨٠٢ - فإن قيل : لو كان الوطء كالجناية لم يجز أن يبيعها مرابحة حتى يبين .

١١٨٠٣ - قلنا : الوطء أجرى مجرى فوات جزء ، وفوات الجزء [١] قد يمنع المرابحة وقد لا يمنع ، كما لو فات منها جزء بآفة من السماء لم يمنع المرابحة ، وأما المشتري لم يحبس جزءًا منها ، كذلك [٢] الوطء في نفس المسألة ؛ لأنه وطء استبيح بالشراء فلا يجوز الرد بالعيب بعده ، كالبكر .

١١٨٠٤ - ولا يلزم إذا وطئها الزوج ؛ لأن الوطء لم يستفد بالشراء .

١١٨٠٥ - ولا يلزم إذا ابتاعها الزوج وهو فيها [٣] بالخيار فوطئها ؛ لأن الوطء مستفاد بالنكاح .

١١٨٠٦ - ولا يلزم إذا وطئها المشتري في يد البائع ثم حبسها ؛ لأن هناك يستوي وطء البكر والثيب في أنه لا يمنع [٤] الرد .

١١٨٠٧ - ولأن الوطء هناك منع الرد ، ولكن البائع إذا اختار حبسها وفسخ قبضه فقد رضى بالعيب .

١١٨٠٨ - فإن قيل : البائع إذا حبسها ، فإنه [٥] قصد الحبس لاستيفاء الثمن ولم يوجد منه رضا .

١١٨٠٩ - قلنا : ففي قولنا : إنه رضى ، أي [٦] بالرد إلى يده ؛ فسخ قبض المشتري ، فصار كأن العيب حدث في يد البائع .

١١٨١٠ - فإن قيل : المعنى في وطء البكر أنه فوت جزءً منها .

١١٨١١ - قلنا : قد يُبْطِل حقَّ المشتري في الرد ما ليس بإتلاف جزء ؛ بدلالة : بيعه ، وقد طلب بعض السلم بعينها .

١١٨١٢ - ولأن كل جارية لو جنى عليها لم يجز ردها ، فإذا وطئها المشتري لم يجز ردها بالعيب ، كالرهن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الأجل] ، مكان : [الجزء] .

(٢) في (م) ، (ع) : [حصته جزء] ، بزيادة : [حصته] ، وفي (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] .

(٣) لفظ : [فيها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [لا يمتنع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فأما] ، مكان : [فإنه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أنه] ، مكان : [أي] .

١١٨١٣ - ولأن الوطء معنى يتعلق به الرهن ، فإذا وجد من المشتري في الجارية المشتراة منع الرد ، كالعقد .

١١٨١٤ - ولأنه معنى تصير المرأة به فراشًا ، كعقد النكاح .

١١٨١٥ - ولأنها لو زنت لم يجز ردها بالعيب ؛ لأن الزنا عيب في الجارية ، يوجب نقصان الثمن في العادة .

١١٨١٦ - وليس من وطء المولى والزاني ؛ إذ التحريم وما يمنع الرد فحرامه ومباحه سواء ، أصله : قطع الأعضاء .

١١٨١٧ - لا فرق بين أن يكون أصابها أو جنى عليها ، وما لا يمنع الرد لا فرق بين محظوره [١] ومباحه .

١١٨١٨ - ولأنه وطء يمنع الرد بخيار الشرط فيمنع بخيار العيب ، كوطء البكر .

١١٨١٩ - احتجوا : بأنه تصرف لم ينقص شيئًا من المبيع ولا من قيمته ، فوجب أن لا يمنع الرد ، كالخدمة .

١١٨٢٠ - قلنا : لا نسلم أنه لا ينقص من قيمتها ؛ لأن الثيب التي [٢] تناولها كثير لا ينقص من زينتها مثل [٣] التي وطئت دفعة واحدة .

١١٨٢١ - ولأنه أن يكون لكل وطء حظ من نقصان القيمة هو المعنى في الاستخدام أنه لو حصل من الغاصب فيها لم يمنع ردها ، فكذلك إذا حصل من مبتاعها [٤] .

١١٨٢٢ - قالوا : وطء لم يتضمن نقصًا ، كما لو وطئت مكرهة .

١١٨٢٣ - قالوا : ألم من غير ألم .

---

(١) لفظ : [بين] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [محظرة] ، مكان : [محظورة] .

(٢) في جميع النسخ : [الذي] ، والأنسب ما أثبتناه ؛ لأن اطلاقه على المرأة أكثر من إطلاقه على الرجل ، يقال للإنسان إذا تزوج : ثيب ، رجلا كان أو امرأة .

(٣) لفظ : [الزينة] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) بدون نقط ، وفي العبارة اضطراب ونصها : « لأن الثيب التي تناولها المدار ينقص منها عين الزينة التي وطئت دفعة واحدة » ويصعب استخلاص معنى منها ، ولذا غيرناها إلى هذا الذي أثبتناه .

(٤) في هامش (ص) زيادة بعد مبتاعها ، ونصها : والزنا لو حصل من الغاصب فيها منع الرد فكذلك إذا حصل من مبتاعها وقد آثرنا حذف هذه الزيادة لتعارضها مع ما قبلها مباشرة .

١١٨٢٤ - قلنا : لا نعرف الرواية [1] من وطء المكرهة ، فالظاهر : أنه يمنع الرد .

١١٨٢٥ - قالوا : وطء لا يتضمن إتلافًا ، كوطء الزوج ووطء المشتري قبل [2] نقد الثمن إذا ردها البائع إلى يده .

١١٨٢٦ - قلنا : وطء المشترى يحصل بإيجاب البائع وإيجابه له رضا به ، فوازنه من مسألتنا : أنه يطؤها المبتاع ، فيرضى البائع بأخذها .

١١٨٢٧ - فإن قيل : فوطء المبتاع حصل بإيجاب البائع ورضاه .

١١٨٢٨ - قلنا : عقد البائع لا يوجب الوطء [3] ، بدلالة : انعقاده على من لا يجوز وطؤها ، وهي أخته [4] من الرضاعة ، إنما يطأ المشتري بموجب الملك [5] ، فأما النكاح فموجبه الوطء ، بدلالة : انعقاده على من يجوز وطؤها .

١١٨٢٩ - فإن قيل : يبطل ما ذكرتموه إذا وطئها الزوج وهي بكر .

١١٨٣٠ - قلنا : زوال البكارة غير موجبة بالنكاح [6] ؛ بدلالة : من تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يثبت له الخيار .

١١٨٣١ - فإن قيل : عقد النكاح أوجب الوطء ، ولا يتوصل إلى وطء البكر إلا بإزالة البكارة ، فصار إزالتها من موجَب العقد [7] .

١١٨٣٢ - قلنا : وقد يتوصل إليه تارةً بإزالة البكارة وتارةً بغيرها ، بأن تزول [8] بكارتها بمعنى من المعاني ، فلم يكن إزالتها بفعل الزوج من موجب العقد .

١١٨٣٣ - ومن أصحابنا من قال : إن وطء الزوج مستحق بمعنى كان من ضمان البائع ، فلم يستفده المشتري بالعقد ، وإذا وجب لم يثبت به شيء مما استوجبه ، [فلم

---

(١) قوله : [لا نعرف الرواية] مكرر في هامش (ص) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فهل] ، مكان : [قبل] .

(٣) لفظ : [الوطء] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [أجنبية] ، مكان : [أخته] .

(٥) ما بين القوسين بدل عبارة [نحو ما يكثر] الموجودة في النسخ جميعها دون معنى .

(٦) في (م) ، (ع) : [فالنكاح] .

(٧) لفظ : [من] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وفي جميع النسخ : [موجب العقد الوطء] ، بزيادة : [الوطء] ولعل تصويبه : [فصار إزالتها بالوطء من موجب العقد] ، أو كما أثبتناه في الصلب بحذف : [الوطء] .

(٨) في (م) : [بأن يزول] .

يمنع الرد ، ووطء المشتري استفادة ، فجاز عقده ، فإذا مات استوجبه] [١] بحكم العقد ومنع الرد ، كالجناية .

١١٨٣٤ – ولا يلزم وطء البكر ؛ لأن إزالة البكارة غير مستحقة بعقد النكاح على ما قدمنا .

١١٨٣٥ – قالوا : الأسباب مانعة من الرد ؛ لأن الرضا بالعيب وحدوثَ عيب غيره وتعلق حق الغير بالمبيع ، وهذا لا يوجد في مسألتنا .

١١٨٣٦ – قلنا : هذه طريقة في الاستدلال فاسدة ؛ لأنه تعدد موضع الإجماع ، وهو يعلم أن مذهب خصمه أن الرد يتعذر بهذه المعاني وبغيرها ، ولم يفسد ما يقول [٢] خصمه ، ولا دل على أن الرد لا يثبت بهذه المعاني .

١١٨٣٧ – وكأنه ادعى أن الحكم لا يتجاوز موضع الإجماع ، ثم يزيد في هذه الأقسام ويبطل الرد متى زال ملكه ، ثم عاد إليه بحكم مبتدأ وبحصول الزيادة من نفس المبيع لم يدخل في العقد بأن يستوفي المشتري [٣] ما لا يستباح بالإباحة .

١١٨٣٨ – ومن زاد من أقسام خصمه فكأنه يقضي عليه بعينها عند بعض أهل الجدل ، وعند بعضهم يلزم المقسم [٤] إبطال القسم الزائد ويكون مفرطًا ؛ لأنه ضمن بأول كلامه أن الحكم لا ينفذ ، أما ذكره فأبان خلاف ذلك .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [ولم يفسد ما يقول] بدون نقط ، وفي (م) : [نقول] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ص) : [الشرى] .

(٤) في (ص) : [كأنه المقصم] ، مكان : [المقسم] .



مسألة ٦٠٥

اطلاع المشتري على عيب في المبيع مع الصلح على الأرش وإمكان الرد

١١٨٣٩ - قال أصحابنا : إذا اطلع المشتري على عيب فصالح على أخذ الأرش مع إمكان الرد ؛ جاز (١) .

١١٨٤٠ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) ، ويجب على المشتري رد ما أخذ ، وهل يبطل خياره ؟ فيه وجهان (٣) .

١١٨٤١ - لنا : أنه حق فيه معنى المال ؛ بدلالة : أنه إذا تعذر من طريق الحكم وجب المال ، فصار كالقصاص .

١١٨٤٢ - ولا يقال : المعنى في القصاص كل من أخذ المال من غير تراض ؛ لأنا لا نسلم ذلك ؛ لأنهما اتفقا على إسقاط جزء من الثمن ، فصار كما لو حطَّ من غير عيب .

١١٨٤٣ - احتجوا : بأنه خيار فسخ ، فصار كخيار الشرط .

١١٨٤٤ - الجواب أن المعنى فيه أنه ليس فيه معنى المال ، بدلالة : أنه لو سقط حكمًا لم يجب المال ؛ فلذلك (٤) لم يجز الصلح عنه على ذلك ، وخيار العيب بخلافه .

* * *

(١) قال ابن عابدين في رد المحتار : « إذا وجد المشتري بمشتريه عيبًا و أراد الرد به ، فاصطلحا على أن يدفع البائع الدراهم إلى المشتري ولا يرد عليه جاز ، ويجعل حطًا من الثمن وعلى العكس ، وهو أن يصطلحا على أن يدفع المشتري الدراهم إلى البائع ويرد عليه لا يصح ؛ لأنه لا وجه له ، غير الرشوة ، فلا يجوز » . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٨/١) ، فتح القدير « باب خيار العيب » (٣٥٧/٦ ، ٤٠٠) ، مجمع الأنهر ، الفصل السابق (٤٧/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار ، الباب السابق (١٠٢/٤) .

(٢) لفظ : [يجوز] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع ، الباب السابق (١٦٧/١٢-١٦٩) ، حلية العلماء (٢٣٩/٤) ، فتح العزيز الباب السابق ، بذيل المجموع (٣٤٩/٨) ، بداية المجتهد « الباب الأول في أحكام العيوب » ، « الفصل الثالث في معرفة حكم العيب » (١٩٢/٢ ، ١٩٣) ، المغني (١٦٢/٤ ، ١٦٣) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤١٠/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .


مسألة ٦٠٦

حكم رد أحد الشريكين مبيعًا دون الآخر

١١٨٤٥ – قال أبو حنيفة : إذا اشترى رجلان من رجل عبدًا بشرط الخيار ، أو ثيابًا ولم يرياها ، أو وجدا [1] به عيبًا ؛ لم يجز لأحدهما رد نصيبه دون الآخر .

١١٨٤٦ – وقال أبو يوسف ، ومحمد : لكل واحد [2] منهما الرد دون صاحبه [3] ، وبه قال الشافعي [4] .

١١٨٤٧ – والكلام في هذه المسألة يقع في ثلاثة فصول ، أحدها : أن العقد صفقة واحدة ، والثاني : أن أحدهما لا يملك القبول [دون الآخر] [5] ، والثالث : الكلام في نفس المسألة .

١١٨٤٨ – فالدليل على أن العقد صفقة واحدة : أنه إيجاب واحد بثمن واحد كأنه صفقة ، كما لو كان المشتري واحدًا .

١١٨٤٩ – ولأن المبيع جملة واحدة ، والثمن جملة واحدة [6] ؛ فوجب أن تكون الصفقة واحدة ، أصله : إذا اشتراه واحد لموكِّلَين والبائع لا يعلم .

---

(١) في جميع النسخ : [ولم يرها أو وجد] ، مكان المثبت ، والأصح ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [واحد] ساقط من (ع) .

(٣) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص٣٤٥ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع (٢٨٣/٥ ، ٢٨٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « باب خيار الشرط » (٣٣١/٦ ، ٣٣٢) ، البناية مع الهداية « باب خيار الشرط » (١١١/٧-١١٣) ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢٨/٢ ، ٢٩) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب خيار الشرط » (٦١/٤ ، ٦٢) .

(٤) للإمام الشافعي في هذه المسألة قولان ، أصحهما : أن لأحدهما أن ينفرد برد نصيبه دون الآخر ، والثاني : ليس لأحدهما الانفراد بالرد ، قيل : إنه رجع عن هذا القول . راجع المسألة في : الأم (٦٩/٣) ، مختصر المزني ص٨٣ ، المهذب مع المجموع ، (١٧٠/١٢ ، ١٨٣) ، حلية العلماء (٢٤٢/٤ ، ٢٤٣) ، فتح العزيز مع الوجيز (٣٦٤/٨ ، ٣٦٥ ، ٣٦٧) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار الشرط » (٦٣/٤) ، المدونة « كتاب التدليس بالعيوب » ، « في الرجلين يتبايعان العبد فيجدان عيبا » (٣١٤/٣) ، المنتقى في « العيب في الرقيق » (١٨٧/٤) ، بداية المجتهد (١٩٤/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب التاسع في العيوب والغبن » ص ٢٦٩، شرح الزرقاني (١٥٠/٥ ، ١٥١) ، المغني (١٧٧/٤ ، ١٧٨) ، الكافي لابن قدامة (٨٨/٢) .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) قوله : [والثمن جملة واحدة] ساقطة من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٨٥٠ - ولأن البائع لو أراد تفريق الصفقة تفرق الإيجاب ؛ أصله : إذا كان المشتري واحدًا فباعه نصف العبد بثمن والنصف بثمن ، فلما جمع الإيجاب دل على أنه أراد جميع الصفقة .

١١٨٥١ - ولأن معنى قولنا : « صفقة » هو إيجاب العقد في جملة يستضر الموجِبُ بتفريقها عليه ، أصله : إذا باع الواحد من الواحد ، وعكسه : إذا باع واحد من واحد بإيجابين . وإذا ثبت أن العقد صفقة واحدة لم يجز قبول أحدهما ؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على البائع في الإتمام فلا يجوز ، كالمشتري .

١١٨٥٢ - ولأن البائع أوجب البيع بجملة المبيع بجملة الثمن [1] فلم يصح القبول في بعض الثمن . أصله : المشتري [2] الواحد .

١١٨٥٣ - وأما الكلام في نفس المسألة : فلأنه رد جزءً من عبد أوجب البائع البيع فيه بثمن واحد فلا يلزم البائع . أصله : إذا كان المشتري واحدًا .

١١٨٥٤ - ولأن كل ما يمنع الرد إذا كان المشتري واحدًا يمنع إذا كان اثنين . أصله : الجناية . ومعلوم أن الرد بالشركة يمنع إذا كان المشتري واحدًا وقد أوجب له البيع جملة .

١١٨٥٥ - فإن قيل : لو كانت الجناية لم يملك الرد .

١١٨٥٦ - قلنا : إذا رد زال عيب الشركة ، فصار كالجناية إذا زال أثرها .

١١٨٥٧ - ولأنهما ملكا بسبب واحد ، فلم يجز لأحدهما الرد بغير رضا البائع . أصله : رضا المشتري ؛ وإنما بعد الأصل فالدليل عليه : أن الوارث يقوم مقام مورثه ، فإذا كان الميت لا يملك الرد من بعضه فالوارث مثله .

١١٨٥٨ - ولأن الشركة حصلت في ملك المشتريين وهي العادة الجارية ، أن الشركة عيب في الأعيان [3] . وهذا [4] لابتياع الجزء من الشيء بثمن مثله إذا منعت [5] الجملة ، فلو رده أحدهما لرَدَّ معيبا بعيب [6] لم يكن في ملك البائع ، وهذا لا يصح كسائر العيوب الحادثة .

---

(١) قوله : [بجملة الثمن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [الثمن] ، مكان : [المشتري] .

(٣) قاعدة : « الشركة عيب في الأعيان » .

(٤) في (ع) : [عين من الأعيان] ، مكان : [عيب من الأعيان] ، وفي (ص) : [ولهذا] ، مكان : [وهذا] .

(٥) لفظ : [منعت] غير واضح في (ص) . (٦) في (م) ، (ع) : [لعيب] .

١١٨٥٩ - فإن قيل : لو كانت الشركة في الأعيان عيبًا لم يضمن تلف [1] العبد المشترك / بقيمته كاملة ، كما لو كان غير مشترك .

١٤٠/أ

١١٨٦٠ - قلنا : الغاصب يضمن ما فوت من الملك بعضه ، أو كله . وقد كان كل واحد منهما يملك أن يبيع من الآخر ، فيحصل له حظ من الملك من غير نقصان الشركة ، وقد أتلف الغاصب هذا المعنى عليه ، فلذلك يلزمه ضمان كامل القيمة .

١١٨٦١ - فإن قيل : هذا العيب حصل بإيجاب البائع لهما .

١١٨٦٢ - قلنا : الإيجاب إذن في القبول الذي يحصل به العيب ، ولو أذن البائع لهما في الجناية فملكاه وجنيا عليه لم يملكا رده ، وإن كان النقص بإذن البائع يملكه [2] . والأحوال أن يكون هذا العيب بفعل البائع والمشتريين [3] فكأنهم اشتركوا في الجناية عليه ، فيمنع ذلك الرد .

١١٨٦٣ - فإن قيل : العيب الحاصل بالشركة : إن كان بفعل المشتري فقد حدث في يد البائع ، والعيوب الحادثة تمنع الرد ، كما لو قطع يد العبد ، وكما لو كانت جارية فزوجها في يد البائع وأقر عليها بدين .

١١٨٦٤ - فإن قيل : عند الشركة حصل في يد البائع ثم أمسكه ، فصار كما لو جنى المشتري على المبيع ثم حبسه البائع لم يمنع ذلك الرد .

١١٨٦٥ - قلنا : لأنه صار بالجناية قابضًا ، فإذا أمسكه البائع فقد حدث القبض منه مع العبد ، فكان ذلك غير مانع من الرد .

١١٨٦٦ - فإن قيل : لو كانت الشركة عيبًا لم يملك الرد .

١١٨٦٧ - قلنا : إذا ردا زال [4] العيب الذي هو الشركة ، فرداه على الوجه الذي خرج من ملك البائع ، كما لو زوجا الجارية لم يملك الرد ، فإن طلقها الزوج جاز الرد ، كزوال العيب .

١١٨٦٨ - احتجوا : بأنه بيع في أحد طرفيه عاقدان ، فوجب أن ينفرد كل واحد

---

(١) لفظ : [التلف] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وهو في النسخ كذلك ، ولكننا أثبتنا التنكير رعاية للمعنى .

(٢) في (م) ، (ع) : [تملكه] ، وفي (ص) يبدو هكذا بدون نقطتي الأولى ، ولعل الصواب : [يملكاه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [والمشتري] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ذلك] ، مكان : [زال] .

منهما بحكم الرد بالعيب ، كما لو كان المشتري واحدًا والبائع اثنين .

١١٨٦٩ - قلنا : المعنى في الأصل : أنه رد على أحد البائعين نصيبه معيبًا [١] على الوجه الذي خرج من ملكه . وفي مسألتنا : يرد عليه نصف العبد معيبًا بعيب لم يكن في ملكه .

١١٨٧٠ - قالوا : رد عليه جميع ما لزمه ثمنه ، فوجب أن لا يقف على رد غيره ، أصله إذا باع العبد منهما في عقدين .

١١٨٧١ - قلنا : إن قلت رد جميع ما لزمه ثمنه على الصفة التي خرج عليها من ملك البائع ، لم نسلم ذلك ، وإن قلت على غير تلك الصفة ، انتقض إذا حدث به عيب .

١١٨٧٢ - ولأن المعنى فيه إذا اشترى كل واحد نصفه بعد أن خرج من ملك البائع معيبًا بالشركة فعاد إليه على الصفة التي خرج من ملكه .

١١٨٧٣ - قالوا : حكم كل واحد من المشتريين كالمنفرد بالمال ؛ بدلالة : أنه لا ينتقل إليه ملك نصفه ويلزمه ثمن نصفه [٢] ، ويدخل نصفه في ضمانه ، ولو استحق رجع بنصف الثمن ، وللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر [٣] ، كذلك في حكم الرد وجب أن يكون .

١١٨٧٤ - قلنا : هو في حكم المنفرد بالملك في هذه الأحكام ، والمنفرد بالملك لا يجوز له الرد مع حدوث العيب ، كذلك من كان في حكم المنفرد .

١١٨٧٥ - على أن عندنا هو في حكم الملك الواحد من وجوه ؛ بدلالة : أن أحدهما لا ينفرد بالقبول ، ولو دفع نصيبه من الثمن لم يملك قبض حقه ولا يأخذ الشفيع نصيب أحدهما في إحدى الروايتين .

١١٨٧٦ - قالوا : نصيب كل واحد منهما جميع ما ملكه بالبيع ؛ فجاز أن ينفرد . أصله : إذا ملكا بعقدين .

١١٨٧٧ - قلنا : بل يجوز أن يرده بعيب لم يكن من ملك البائع ؛ أصله : ما ذكروه .

١١٨٧٨ - والمعنى في الأصل : أنهما ملكاه بإيجابين ، وكل إيجاب حكم من الثمن ، وفي مسألتنا : ملكاه بإيجاب في جملة واحدة من الثمن على ملك أحدهما رد جزء منه .

١١٨٧٩ - فإن قيل : لا نسلم أنهما ملكاه بإيجاب واحد ؛ لأن قوله : « بعت منكما » ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [معينا] ، بالنون بدل الباء .

(٢) قوله : [ويلزمه ثمن نصفه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لفظ : [الآخر] ساقط من (ع) .

كأنه قال : « بعت منك نصفه وبعت منك نصفه » ؛ لأن التثنية تدل على تكرار اللفظ ؛ ألا ترى : أنه إذا قال : رأيت رجلين ، كأنه قال : رأيت رجلًا ورأيت رجلًا .

١١٨٨٠ - قلنا : إذا قال : رأيت رجلين يحتمل أن يكون رآهما معًا ، واحتمل أن يكون رأي أحدهما بعد الآخر .

١١٨٨١ - فإذا قال : بعت منكما احتمل : أن يكون أراد إيجابًا واحدًا ، واحتمل : أن يكون إيجابين ، فلما ذكر الثمن جملة دل على أنه أراد إيجابًا واحدًا [١] ، وأنه لو أراد تفريق الإيجاب لعرف الثمن .

١١٨٨٢ - قالوا : الدليل على أن هذا العقد في حكم عقدين [٢] أن يصح ثمن الصفقة إذا كان معلومًا ، وإن كان ما قابل كل واحد بما اشتملت عليه مجهولًا ؛ بدلالة : أنه لو باع عشرة أعبد بألف صح ؛ لأن الألف معلومة ، وإن كانت حصة كل عبد مجهولة . ولو قال لاثنين : بعتكما هذين العبدين ، هذا لك وهذا لك بألف لم يصح ، فلو كانت الصفقة واحدة لا يمنع [٣] أن يصح وجهًا له بعض ثمن ما دخل في الصفقة .

١١٨٨٣ - قلنا : هذا يجوز عندنا ، وقد قال أصحابنا : لو كان لكل واحد عبد فباعاهما من رجل واحد صفقة واحدة بألف جاز ، وإن كان ثمن كل عبد مجهولًا ؛ لأنه بعض ما دخل في الصفقة ، كذلك إذا كان البائع واحدًا .

١١٨٨٤ - فإن قيل : ما أوجب له فوجب أن يصح ، كما لو أفرد النصف بالإيجاب [٤] .

١١٨٨٥ - قلنا : قبل ما وجب له على غير الشرط الذي أوجب له ؛ لأنه [٥] إذا أوجب البيع جملة بجملة ثمن وله غرض صحيح من أن يخرج المبيع من ملكه جملة ، والبيع يؤثر فيه [٦] الشروط صار كأنه شرط في الإيجاب قبول الآخر ، وقبوله ما أوجب له على غير الشرط الذي تناوله الإيجاب لا يصح ، مثل : أن يقبل ببعض الثمن أو يصير على صفة غير الصفة الموجبة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [العقدين] ، وفي الجملة نوع اضطراب ؛ فقد جاءت كلمة [يبلغ] في النسخ محل كلمة [يصح] ، كما جاءت كلمة [صح] بعد [معلومًا] وإنما أجرينا هذا التغيير والحذف ليصح المعنى .

(٣) جاءت كلمة [لا يمنع] ، بآخر الجملة ، والتقديم أيسر في متابعة المعنى .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالنصف بالإيجاب] ، مكان : [النصف بالإيجاب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [دلالة] ، مكان : [له لأنه] .

(٦) في (ص) : [في فيه] ، بزيادة : [في] .

مسألة ٦٠٧

إذا اشترى عبدًا على أنه كافر فكان مسلمًا

١١٨٨٦ - قال أصحابنا : إذا اشترى عبدًا على أنه كافر فكان مسلمًا ؛ لا خيار له [(١)] .

١١٨٨٧ - وقال الشافعي : له الخيار [(٢)] .

١١٨٨٨ - لنا : أنه وجده أكمل مما شرطه ، فصار كمن ابتاعه على العيب فوجده صحيحًا .

١١٨٨٩ - ولأن الإسلام زيادة في الثمن وفي القيمة ؛ لأن طالب المسلم أكثر من طالب الكافر ، ولهذا لو شرط أنه مسلم فبان أنه كافر ثبت الخيار ، والزيادة في المبيع لا يكون عيبًا .

١١٨٩٠ - احتجوا : بأن الإسلام زيادة في الدين ونقصان في القيمة ، بدلالة : أن الكفار يرغبون في ابتياع الكافر ويزيدون في ثمنه .

١١٨٩١ - والجواب أن المسلمين أكثر من الكفار ، وهم لا يرغبون في الكافر ويرغبون في المسلم .

١١٨٩٢ - ولأن زيادة القيمة إذا كانت لأجل المعصية لا يعتد بها ، كالجارية المغنية تزيد قيمتها بذلك في العادة ، وهو عيب يرد به وعدمه ليس بعيب .

* * *

(١) راجع المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار العيب » (٣٦١/٦ ، ٣٦٢) ، البناية مع الهداية « باب خيار العيب » (١٤٧/٧) ، مجمع الأنهر ، فصل « في خيار العيب » (٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين « باب خيار العيب » (٧٩/٤) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني في « العيب في المنكوحة » ص١٧٦ ، المهذب مع المجموع ، الباب السابق (٣٣١/١٢ ، ٣٣٢) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٢٥/٨) ، المنتقى في « العيب في الرقيق » (١٩٠/٤ ، ١٩١) ، شرح الزرقاني (١٢٧/٥) ، المغني (١٧١/٤) ، الكافي لابن قدامة (٩١/٢) ، الإنصاف « باب الشروط في البيع » (٣٤١/٤ ، ٣٤٢) .

مسألة ٦٠٨

إذا اشترى جارية فوجدها زانية

١١٨٩٣ - قال أصحابنا : إذا وجد الجارية زانية ، فله الخيار ، وإن كان العبد زانيًا ؛ فلا خيار له [1] .

١١٨٩٤ - قال الشافعي : هو عيب فيهما [2] .

١١٨٩٥ - لنا : أن المقصود من الغلام العمل والخدمة ، وزناه معصية لا تؤثر [3] في ذلك ، فصار كإخلاله بالصلاة والصوم ، ونظره إلى الحرام .

١١٨٩٦ - وليس كذلك الجارية ؛ لأن المقصود منها الاستفراش والاستيلاد ، والزنا يؤثر ؛ لأنها تلحق به نسب ولد ليس منه .

١١٨٩٧ - احتجوا : بأن ما كان عيبًا في الجارية كان عيبًا في الغلام ؛ أصله : سائر العيوب .

١١٨٩٨ - قلنا : قد قلتم [4] فإن الجارية إذا لم تكن محفوظة فليس بعيب . وعدم الحفظ في الغلام الكبير عيب [5] .

١١٨٩٩ - قالوا : معصية يجب بها الحد ، كالسرقة .

١١٩٠٠ - قلنا : السرقة تؤثر في الاستخدام ؛ لأنه لا يأمنه على ماله .

---

(١) قال السمرقندي في التحفة : « الزنا عيب في الجواري دون الغلمان ، إلا إذا كثر ذلك منهم وصار عادة لهم فيكون عيبًا » . راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « باب خيار العيب » (٩٤/١) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٥ ، ٢٧٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٦٠/٦ ، ٣٦١) ، البناية مع الهداية (١٤٥/٧ ، ١٤٦) ، مجمع الأنهر (٣٧/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار (٧٩/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٣١٣/١٢) وما بعدها ، حلية العلماء (٢٧١/٤ ، ٢٧٢) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣٢٧/٨) ، نهاية المحتاج فصل « في خيار النقيصة » (٢٧/٤ ، ٢٨) ، المدونة « فيمن اشترى دارًا أو حيوانًا فأصاب بها عيبًا » (٣١٣/٣) ، المنتقى (١٩٠/٤) ، بداية المجتهد (١٨٩/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٧٠ ، شرح الزرقاني (١٢٨/٥) ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (٣٤٦/١) ، المغني (١٦٨/٤ ، ١٦٩) ، الكافي (٩٠/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وزيادة معصية لا يؤثر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فهم] ، مكان : [قلتم] .

(٥) في (ع) : [العيب] .

١١٩٠١ - قالوا : وكذلك الزاني لا يؤتمن [١] على الحرام .

١١٩٠٢ - قلنا : العبد يراد للتصرف في مال المولى ، [والسارق لا يؤتمن [٢] ، والعبد لا يجوز أن يخلو بحرم المولى] [٣] . ولا يراد لذلك ، فلا يمنع الزنا استخدامه .

* * *

(١ ، ٢) في (ص) : [لا يؤمن] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٠٩

حكم البخر في الغلام والجارية

١١٩٠٣ - قال أصحابنا : البخر [١] في الجارية عيب ، وفي [٢] الغلام ليس بعيب ، إلا أن يكون أمردًا [٣] .

١١٩٠٤ - وقال الشافعي : هو عيب فيهما [٤] .

١١٩٠٥ - لنا : [٥] أن المقصود من الغلام الاستخدام والعمل ، والبخر لا يؤثر في ذلك ، ولا يعد عيبًا ، كالدَّفْر [٦] .

١١٩٠٦ - ولا يلزم إذا كان من داء ؛ لأن العيب هو المرض الموجب له .

١١٩٠٧ - ولا يلزم الجارية ؛ لأنها تُراد للوطء والاستمتاع ، والبخر يمنع ذلك .

---

(١) البَخْر : الرائحة المتغيرة من الفم ، وقيل : البخر : النتن يكون في الفم وغيره ، قال ابن الهمام في الفتح : « والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الأسنان ، فإن ذلك يزول بتنظيفها » . راجع في : لسان العرب ، مادة « بخر » (٢٢٠/١) ، فتح القدير (٣٦٠/٦ ، ٣٦١) ، مختار الصحاح ص٤٢ .

(٢) في (م) ، (ع) : « ومن » ، مكان : « وفي » .

(٣) الأمرد : هو الغلام الذي لم تنبت لحيته ، وفي لسان العرب : « الأمرد الشاب الذي بلغ خروج لحيته وطرّ شاربه ، ولم تبد لحيته » ، والجمع : مُرْد . راجع : لسان العرب مادة : « مرد » (٤١٧٢/٥ ، ٤١٧٣) ، المصباح المنير (٥٤٠/٢) ، المعجم الوسيط (٨٦٨/٢) . وراجع المسألة في : روضة القضاة (٣٨٤/١ ، ٣٨٩) ، تحفة الفقهاء (٩٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٦٠/٦) ، البناية مع الهداية (١٤٥/٧) ، مجمع الأنهر (٣٧/٢) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٣١٣/١٢) وما بعدها ، حلية العلماء (٢٧١/٤ ، ٢٧٢) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣٢٧/٨ ، ٣٢٨) ، نهاية المحتاج (٢٩/٤) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي : البخر عيب في الجارية والغلام . راجع المسألة في : الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرد بالعيب » (٧١٢/٢) ، المنتقى (١٨٨/٤) ، شرح الزرقاني (١٢٨/٥) ، المغني (١٦٨/٤) ، الكافي لابن قدامة (٩٠/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [لنا] .

(٦) الدَّفْر ، بفتح الدال المهملة وسكون الفاء : النتن خاصة ، والذَّفَر ، بفتح الذال المعجمة وتحريك الفاء : شدة الرائحة ، طيبة كانت أو خبيثة . وقال المطرزي : الدفر : مصدر دفر ، إذا خبثت رائحته ، وبالسكون : النتن اسم منه : يقال للرجل : أدفر ودفر ، وللمرأة : دفراء ، ودفرة . راجع في : المغرب « الدال مع الفاء » ص١٦٥ ، لسان العرب ، مادة : « دفر » (١٣٩٣/٢) ، المصباح المنير « الدال مع الفاء وما يثلثهما » (١٨٥/١) ، المعجم الوسيط (٢٨٨/١) ، مختار الصحاح ص٢٠٦ .

١١٩٠٨ – فإن قيل : والغلام يحتاج أن يقرب [1] من المولى ويُسَارُّه ، والبخر يمنع هذا المعنى .

١١٩٠٩ – قلنا : هذا صفة في الاستخدام ، وقد يستخدمه من غير مسارة [2] ، فأما الاستمتاع فلا يمكن من غير مقاربة .

١١٩١٠ – فإن قيل : ما كان عيبًا في الجارية كان عيبًا في الغلام ، فالجواب [3] عنه ما بيَّنا .

* * *

(١) في (م) : [بقرب] ، بالباء بدل الياء .

(٢) في (م) ، (ع) : [شراء] ، وفي (ص) : [سر] ، وما أثبتناه أقرب للمقصود .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب] .



مسألة ٦١٠

الحكم لو اشترى عبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا

١١٩١١ – قال أصحابنا : إذا اشترى عبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا ؛ كان له ردهما أو إمساكهما (١) .

١١٩١٢ – وإن اشترى مكيلًا أو موزونًا فوجد ببعضه عيبًا بعد القبض ، فإن كان في وعاء واحد ، فليس له رد بعضه . وإن كان في أوعية (٢) فوجد العيب بأحدها فله رد بعضه كالثياب ، وإن كان المعيب يعاب بالتفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فليس له رد أحدهما (٣) .

---

(١) في جميع النسخ : [كان له ردهما أو امساكهما] ، وهذا خلاف ما جاء في كتب الحنفية ، وإنما قال به زفر في رواية ، وقال غيره من الحنفية : إذا قبض العبدين ثم وجد بأحدهما عيبًا ؛ فله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن .

(٢) في جميع النسخ : [أوعية] ، وهو الصواب ، ولذا يجب تصحيح ضمير التثنية في لفظة : [بأحدهما] بحذف الميم لتصير بأحدها ، وهو ما أثبتناه .

(٣) سقطت من كل ما بين القوسين عبارات تحتوي حكم الفرع المذكور . قال ابن عابدين في رد المختار : « اعلم أن المبيع لا يخلو من كونه شيئًا واحدًا أو شيئين كواحد حكمًا من حيث لا يقوم أحدهما بغير صاحبه ، كمصراعي باب وزوجي خف ، أو شيئين بلا اتحاد حكم ، كثوبين وعبدين ، ثم الحادث في المبيع نوعان : عيب واستحقاق ، والأحوال ثلاثة : قبل القبض وبعده وبعد قبض بعضه فقط . أما لو وجد في بعضه عيبًا قبل قبض كله وكان العيب موجودًا وقت البيع أو حدث بعده قبل قبضه ، فالمشتري مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رده كله ، لا المعيب وحده بحصته من الثمن ، وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقي بحصته من الثمن فلهما ذلك ؛ إذ الصفقة لا تتم قبل القبض ، بدليل انفساخ البيع برده بلا رضا ولا قضاء . ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقي عيبًا ، فحكمه حكم الفصل الأول في كل ما تم ؛ إذ الصفقة لا تتم بعد ، سواء كان المبيع واحدًا أو أشياء . ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبًا قديمًا أو حادثًا بين شرائه وقبضه ، فإن كان المبيع واحدًا ، كدار وكرم وأرض وثوب ، أو كَيليًا أو وزنيًا في وعاء واحد ، أو صبرة واحدة ، أو شيئين كشيء واحد حكمًا يخير بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط ، إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الأعيان ، وإن كان شيئين أو أكثر بلا اتحاد حكمًا ، كثياب وعبيد أو كيليا أو وزنيا في أوعية مختلفة ، فللمشتري الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط ، ولا يرد كله إلا بتراضٍ ولا يرد المعيب إلا برضا أو قضاء ، إذا الصفقة تمت ، فيصح تفريقها ، فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب ، إذا المبيع دخل في البيع سليمًا ... » . راجع تفصيل المسألة في مختصر الطحاوي « باب الصرف والربا » ص ٧٧ ، و « باب المصراة وغيرها » ص٨٥ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٩/١) ، المسألة (٢٠١١) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٨٦/٥ – ٢٨٨) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار =

١١٩١٣ - قلنا : هناك العيب بأحدهما عيب بالآخر ، فلو رد [1] المعيب رده بعيب التفريق والعيب الموجود ، والرد بعيب لم يكن في يد البائع لا يجوز .

١١٩١٤ - فإن قيل : إذا ردّ أحد [2] العبدين أضر بالبائع ؛ لأن الإنسان قد يبيع [3] الاثنين رغبة منه في بيع أحدهما ، وهذا لمعنى موجود فيه قبل القبض وبعده .

١١٩١٥ - قلنا : قد ينقص بالعيب فيما رغب البائع في بيعه وفيما لم يرغب فيه ، والحكم عندكم سواء .

١١٩١٦ - ولأنه إذا رد عليه بقيمته فقد سلم له غرضه من زيادة قيمة الآخر .

١١٩١٧ - ولأن هذا الفساد إذا أثبتنا الرد [4] بغير سبب ، / فأما إذا أثبتنا [5] الرد بسبب يقتضي الرد من أحدهما ويحفظه لم يمنع من ذلك ، كما لو [6] هلك أحدهما فوجد بالآخر عيبًا . ١٤٠/ب

* * *

= العيب » (٣٨٦/٦ - ٣٨٩) ، البناية مع الهداية « باب خيار العيب » (١٧٢/٧ - ١٧٦) ، مجمع الأنهر « فصل في خيار العيب » (٤٤/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب خيار العيب » (٩٧/٤) . راجع المسألة في : مختصر البويطي ورقة (٣٩ أ) ، المهذب مع المجموع (١٢/ ١٧٠ ، ١٧٣) وما بعدها ، حلية العلماء ، (٢٤٣/٤-٢٤٥) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٢٤١/٨-٢٤٣) وما بعدها ، نهاية المحتاج (٦٢/٤) ، بداية المجتهد « الباب الأول في أحكام العيوب » ، « الفصل الثالث » (١٩٣/٢) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٣٧/١ ، ٣٣٨) ، المسألة (٢٦) ، المغني (١٧٧/٤) ، الكافي لابن قدامة (٨٧/٢) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤٣٠/٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [رده] ، مكان : [رد] ، ولفظ : [عيب] ساقط منهما ، والإشارة في هناك للمسألة الأولى الخاصة بما إذا اشترى عبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا فإن له ردهما أو إمساكهما ، وليس له أن يرد المعيب وحده بحصته من الثمن طبقا للرأي الذي ينتصر له المؤلف ويستدل عليه .

(٢) في (م) : [أحدهما] ، مكان : [أحد] .

(٣) في (م) : [يتبع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا رد عليه بقيمة أثبت الرد] ، مكان : [إذا أثبتنا الرد] .

(٥) في (ع) : [ثبت] .

(٦) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٦١١

حكم من اشترى عبدًا فقتله أو طعامًا فأكله ثم اطلع على عيب فيهما

١١٩١٨ - قال أصحابنا : إذا اشترى عبدًا [1] فقتله ، أو طعاما فأكله ، ثم اطلع على عيب ، لم يرجع بأرشه .

١١٩١٩ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرجع في الأكل ، ولا يرجع في القتل [2] .

١١٩٢٠ - وقال الشافعي : يرجع فيهما [3] .

١١٩٢١ - لنا : أنه بيع تم نقل الملك فيه بفعل مضمون من جميع الأحوال ؛ فلم يكن له الرجوع بأرش العيب . أصله : إذا وهبه وإذا أمسكه وقال : لا أرده إذا عتق ؛ لأن العتق ليس بفعل مضمون في جميع الأحوال ؛ ألا ترى : أنه لا يضمن حال الاعتبار، ولا يضمن المريضُ إذا أَعْتَقَ في مرض موته .

١١٩٢٢ - ولو وكل رجل رجلًا بأن يعتق أَمة حاملًا فأعتقها عتق حملها .

١١٩٢٣ - ولا يلزم الوكيل قيمة إذا قطع الثوب ؛ لأن ذلك لا يمنع نقل الملك فيه .

١١٩٢٤ - ولا يلزم إذا صبغه ؛ لأن نقل الملك ممكن ، وإنما المانع اتصاله بالزيادة .

١١٩٢٥ - فإن قيل : المعنى فيما قستم عليه : أنه إياس من الرد فلذلك لم يرجع بالأرش .

١١٩٢٦ - قلنا : يبطل إذا حدث به عيب يرجى زواله ، فإن المشتري يرجع

---

(١) في (ص) : [عيبًا] ، مكان : [عبدًا] . على معنى معيبًا ولا تأويل فيما أثبتناه فهو الأولى .

(٢) إن ما ذكره المصنف عن الأصحاب في القتل من عدم الرجوع بالأرش فهو ظاهر الرواية . راجع : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٨٠ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٣/١ ، ٣٨٩) ، المسألة (١٩٧٤ ، ٢٠١٣) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٩٠/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٣٧٠/٦-٣٧٢) ، البناية مع الهداية (١٥٧/٧-١٥٩) ، مجمع الأنهر (٤٠/٢ ، ٤١) ، الدر المختار مع رد المحتار (٨٦/٤-٨٨) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٢٨٧/١٢ ، ٢٨٨) ، حلية العلماء (٢٦٦/٤) ، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٣٤١/٨ ، ٣٤٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب العيوب » (١١١/٢) ، المغني (١٨٠/٤) ، الكافي لابن قدامة (٨٦/٢ ، ٨٧) .

بالأرش ، وإن كان يجوز أن يزول العيب فيمكن الرد .

١١٩٢٧ - ولأنه زال ملكه عن المبيع إزالة لم يترك له أثر ، فلم يكن له الرجوع بالأرش ، كما لو وهب وسلم .

١١٩٢٨ - ولا يلزم إذا عتق [١] ؛ لأنه بقي للملك أثر ، وهو الولاء .

١١٩٢٩ - ولأن الملك [٢] مقصود تعذر بالرد ؛ فمنع الرجوع بالأرش ، كالبيع .

١١٩٣٠ - ولا يلزم العتق ؛ لأنه إتلاف وليس بانتفاع .

١١٩٣١ - احتجوا : بأنه عيب علمه بعد الإياس من الرد ، فوجب أن يرجع بأرش العيب ، كما إذا مات في يده .

١١٩٣٢ - قلنا : المعنى فيه أن الرد تعذر من طريق الحكم ؛ فصار كحديث العيب ، وليس كذلك القتل ؛ لأن الرد فيه [٣] تعذر بفعل مضمون . قالوا : تبطل علتنا الأصل بما لو باع ولم يسلم [٤] ، فقد منع الرد من طريق الحكم ؛ لأنه لم يوجد بفعل مضمون .

١١٩٣٣ - قلنا : إذا باع وجب التسليم فوجوده كوجوده وهو فعل مضمون .

١١٩٣٤ - قالوا : القتل إتلاف ملك ؛ فلا يمنع الرجوع بأرش العيب ، كالعتق .

١١٩٣٥ - قلنا : العتق إزالة الملك مع بقاء أثره [وهو الولاء فصار بقاء أثره] [٥] كبقاء الملك [٦] يرجع بالأرش إذا تعذر الرد ، والقتل إزالة الملك من غير أثر .

١١٩٣٦ - ولأن العتق فعل لا يوجب الضمان [في جميع الأحوال على ما بينا ، والقتل يوجب الضمان] [٧] بكل حال .

١١٩٣٧ - قالوا : لو [٨] اشترى جارية بكرا فافتضها [٩] رجع بأرش العيب ، وإنما

---

(١) لفظ : [وسلم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [أعتق] ، مكان : [عتق] .

(٢) في (م) : [الملك] ، مكان : [للملك] وفي (ص) : [الولادة] ، مكان : [الولاء] ، وفي (م) ، (ع) : [الأكل] ، مكان : [الملك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الوديعة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولو نسلم] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٦) لفظ : [الملك] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) : [لا يوجب] ، مكان : [يوجب] ، وما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٨) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) : [فاقتصها] ، وفي غيرها : فأقبضها ، والمعنى المقصود هو الذي أثبتناه .

أتلف جزءا منها ؛ فإذا أتلف جميعها أولى .

١١٩٣٨ - قلنا : إتلاف الجميع أعظم من إتلاف الجزء إذا كان المعنى المانع موجودًا[١] في جزء ثم لم يؤثر ، فإذا وجد في الجملة أولى ، بل ولو قتل [٢] بالعكس من ذلك كان أشبه .

١١٩٣٩ - على أنه في الافتضاض لم يتعذر نقل الملك ، وإنما لا يرد لحق [٣] البائع ، والقتل منع الرد بفعل مضمون .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [موجود] بالرفع .

(٢) في (م) ، (ع) : [قيل] ، مكان : [ولو قتل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بحق] .

مسألة ٦١٢

ما يفسخ به العقد إذا وجد بالمبيع عيبًا بعد القبض

١١٩٤٠ - قال أصحابنا : إذا وجد بالمبيع عيبًا بعد القبض ، لم ينفسخ العقد إلا بالتراضي ، أو بحكم الحاكم (١) .

١١٩٤١ - وقال الشافعي : ينفسخ بقول المشتري (٢) .

١١٩٤٢ - لنا : أن (٣) ملك المشتري فيه . تم ، فلم ينفسخ العقد بقوله ، كالإقالة .

١١٩٤٣ - ولأنه سبب ينتقل به المبيع (٤) [إلى ملك البائع ، فلم يملكه المشتري بعد القبض ، كالإقالة ...] (٥) .

١١٩٤٤ - وفي مسألة القبول مستحق عليه .

١١٩٤٥ - قلنا : القبول قد يجب عليه ولا ينتقل الملك إليه إلا برضاه ، ألا ترى : أن المضطر إلى طعام غيره إن أبدله مالكه وجب عليه قبوله ، ثم لا يملكه بقول المالك إلا أن يرضى به .

١١٩٤٦ - ولأن الإنسان ينقل الشيء من ملكه إلى ملك غيره برضاه إلا أن يكون له عليه حق .

١١٩٤٧ - ولا يلزم الرد قبل القبض في خيار العيب ، وكذا في الرد بخيار الشرط والرؤية ؛ لأن من خيار الشرط أن يملك المشتري عند تمام الصفقة وينتقل الملك إلى البائع من طريق الحكم .

---

(١) وقبل القبض فلا خلاف بين العلماء في أن العقد ينفسخ بقول المشتري من غير حاجة إلى القضاء أو التراضي . راجع المسألة في : بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٨١/٥) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (١٦٠/١٢ ، ١٦١) ، حلية العلماء (٢٣٧/٤) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٤٧/٨) ، المقدمات الممهدات « كتاب العيوب » (١١٤/٢) ، شرح الزرقاني (١٥٣/٥) ، المغني ١٧٣/٤ ، ١٧٤) ، الكافي لابن قدامة (٨٩/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينقل بالمبيع] ، مكان : [ينتقل به المبيع] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وزاد عليه قوله : ولأنه « سبب ينتقل بالمبيع » والعبارة مكررة ومذكورة في صدر الجملة وبآخرها خطأ فحذفناها .

١١٩٤٨ - احتجوا : بأنه رد بعيب فلم يفتقر إلى رضا البائع ، كما لو كان قبل القبض .

١١٩٤٩ - قلنا : بل القبض لم يتم بالصفقة ، فالمشتري يمنع من التزام تمامها ، وهذا لا يقف على التراضي ، كالرد في خيار الشرط ، وفي مسألتنا : الصفقة تمت ويريد إبطالها بالرد ، كالإقالة .

* * *

مسألة ٦١٣

ما حكم البيع فيما إذا اشترى مأكولًا في قشره فكسره فوجده معيبًا لا ينتفع بما في داخله

١١٩٥٠ - قال أصحابنا : إذا اشترى مأكولًا في قشره ، كالبطيخ والرمان والجوز فكسره فوجده معيبًا ، فإن كان ما في داخله لا ينتفع به ، فالبيع باطل . وإن كان ينتفع به إلا أنه معيب ، لم يملك رده بعد الكسر [1] ، ويرجع بنقصان العيب [2] .

١١٩٥١ - وقال الشافعي : إذا كان الكسر مقدارًا لا يعلم العيب [3] إلا به - وهو أول الكسر - ، ففيه قولان ، أحدهما : لا يرده ويرجع بالأرش ، وهو اختيار المزني .

١١٩٥٢ - قالوا : والصحيح أن له الرد .

١١٩٥٣ - فإذا قالوا : إن له الرد [4] ففيه قولان ، أحدهما : أنه يرد معه أرش الكسر ، والآخر : لا يرد .

١١٩٥٤ - وأما إذا كان الكسر يمكن الوقوف على العيب بأقل منه ، فمنهم من قال : فيه قولان ، والمذهب أن الرد لا يثبت ، والقول الآخر : ليس بشيء [5] .

١١٩٥٥ - لنا : أنه جنى على المبيع ؛ فصار كقطع الثوب .

ولأن الكسر لو كان بفعل أجنبي منع الرد ، فإذا كان بفعل المشتري منع الرد كسائر

---

(١) لفظ : [بعد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [بالكسر] ، بزيادة الباء .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع : فصل « وأما حكم البيع » (٢٨٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٣٧٢/٦-٣٧٤) ، البناية مع الهداية (١٥٩/٧-١٦١) ، مجمع الأنهر (٤١/٢ ، ٤٢) ، الدر المختار في رد المحتار (٨٨/٤ ، ٨٩) .

(٣) لفظ : [العيب] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) : [فإن] ، مكان : [فإذا] ، وقوله : [فإذا قالوا إن له الرد] ساقط من (ع)

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله » (٦٦/٣ ، ٦٧) ، مختصر المزني « باب الرد بالعيب » ص٨٣ ، المهذب مع المجموع (٢٧٥/١٢) وما بعدها ، حلية العلماء (٢٦٢/٤-٢٦٤) ، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٣٥٩/٨) ، وما بعدها ، المدونة (٣٢٦/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب البراءة من العيوب » (٧١٣/٢) ، شرح الزرقاني (١٣١/٥ ، ١٣٢) .

العيوب .

١١٩٥٦ - ولأنه فسخ بخيار فلا يملكه المشتري مع حدوث عيب في يده ، كخيار الشرط .

١١٩٥٧ - احتجوا : بأنه فعل لا يمكن الوقوف على عيب المبيع إلا به ، فوجب أن لا يمنع من رده ، أصله : إذا قلب الصبرة .

١١٩٥٨ - قلنا : المعنى فيه : أن الطعام لا ينتقص بتقليبه ، وليس كذلك الكسر في مسألتنا ، [لأن البيع يدخله نقص به فمنع الرد .

١١٩٥٩ - قالوا : لا يخلو الكسر لاستعلام حال المبيع] (١) ؛ فصار كحلب المصراة .

١١٩٦٠ - قلنا : الأصل (٢) غير مسلم ؛ لأن عندنا الحلب يمنع الرد كعيب التصرية ، وكغيره من العيوب .

١١٩٦١ - قالوا : إذا كان هذا العيب لا يعلم إلا بالكسر ، فلو لم يردَّ بعد الكسر ، لم يمكن رد هذا النوع بالعيب أبدًا .

١١٩٦٢ - قلنا : يمكن أن الجوز يعلم أنه فارغ لخفته ، والرمان (٣) مستدل على فساده بظاهره .

ولأن الرد بالعيب أصل ثابت بالمبيع (٤) من الرد بعد حدوث العيب (٥) .

١١٩٦٣ - فإذا قال مخالفنا : إسقاط الرد يؤدي إلى أن لا يرد هذا النوع بالعيب .

١١٩٦٤ - قلنا له : فإثبات الرد يؤدي إلى ترك الأصل الآخر ، وهو إثبات الرد مع حدوث العيب ، فلم وجب اعتبار (٦) أحد الأصلين دون الأصل الآخر .

على أنا لا نسقط حق المشتري ؛ لأنا ننقل (٧) الخيار إلى الأرش فيوفيه حقه ولا يسقط حق البائع .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (م) : [للأصل] .
(٣) في (م) : [الزوج] ، مكان : [الجوز] ، و [الزمان] مكان : [الرمان] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالمنع] وهي غير واضحة في (ص) ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٥) في (ص) : [البيع] ، مكان : [العيب] . (٦) في (م) ، (ع) : [اعتباره] .
(٧) في (م) : [ينقل] .

مسألة ٦١٤

بيع العبد بعد جنايته

١١٩٦٥ - قال أصحابنا : إذا جنى العبد جنايةً عمدًا أو خطأً فباعه مولاه ؛ فبيعه جائز [(١)] .

١١٩٦٦ - وللشافعي : فيه قولان ، أحدهما : يجوز البيع ، والآخر : لا يجوز .

١١٩٦٧ - واختلف أصحابه في موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان في جناية الخطأ . فأما العمد فيجوز قولًا واحدًا . ومنهم من قال : [القولان فيما يوجب القود [(٢)] ، فأما الخطأ فلا يجوز قولًا واحدًا . ومنهم من قال] : فيهما قولان [(٣)] .

١١٩٦٨ - أما جناية العمد : فلأن وجود العقوبة لا يمنع البيع ، كالحد .

ولأنه معنى يستحق به القتل ، كالردة .

١١٩٦٩ - فإذا ثبت هذا ، قلنا : أحد نوعي الجناية ، فلا يمنع البيع ، كالعمد .

١١٩٧٠ - ولأنه حق لو تعلق برقبة الأمة لم يسر إلى الولد فلم يمنع جواز البيع ، أصله : إذا قال : إذا مت فبيعوا هذا العبد وادفعوا ثمنه إلى فلان .

١١٩٧١ - ولأنها رقبة يجوز بيعها قبل الجناية ، فجاز بيعها مع تعلق الجناية ، كما لو بيعت في الجناية .

١١٩٧٢ - احتجوا : بأنه [(٤)] تعلق برقبته حق لآدمي ؛ فلا يجوز بغير إذنه أصله :

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٨١ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٩٠/١) ، المسألة (٢٠١٩) .

(٢) القود ، بالتحريك : القصاص ، يقال : أقاد الأمير القاتل بالقتيل ، قتله به قودًا . راجع المسألة في : المغرب « القاف مع الواو » ص٣٩٥ ، المصباح المنير « القاف مع الواو وما يثلثهما » (٤٩٣/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وقوله : [فيهما قولان] ، يعني : أن القولين المذكورين في الخطأ والعمد . راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ، الباب السابق ص٨٣ ، المهذب مع المجموع (٣٤٤/١٢-٣٤٨) ، حلية العلماء (٢٧٨/٤) . راجع المسألة في : شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٢٠/٥) ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (٣٤٦/١) ، المغني (١٨٧/٤ ، ١٨٨) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧٦/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أنه] ، بدون الباء .

العبد المرهون .

١١٩٧٣ – قلنا : يبطل بالعبد الموصي برقبته . والعبد المبيع بشرط الخيار تعلق برقبته حق المشتري وهو القبول فيجوز بيعه .

١١٩٧٤ – فإن قيل : ذلك الحق غير ثابت .

١١٩٧٥ – قلنا : وكذلك نقول في حق الجناية ؛ لأن المولى يسقط عن الرقبة بقوله : اخترت التزام الأرش فسقط بقوله [1] .

١١٩٧٦ – ولأن بيع الرهن إسقاط حق المرتهن لا إلى عوض ، بدلالة : أن الدين كان ثابتًا في الذمة ، فلم يرض المرتهن بها حتى توثق بالرهن ، فإذا بيع سقط حقه لا إلى عوض ، وليس كذلك حق الجناية ؛ لأنه إذا باع العبد نقل الحق إلى عوض هو أوثق ؛ ألا ترى : أن الحق كان يسقط بتلف العبد ، والآن لا يسقط [2] بتلفه ؟

١١٩٧٧ – قالوا : تعلق أرش الجناية برقبة العبد أقوى من تعلق الرهن بها ، بدليل : أن العبد المرهون إذا جنى قدمت الجناية على حق المرتهن ، فإن كان هذا أقوى من الرهن ثم ثبت أن بيع الرهن باطل ، كذلك الجاني .

١١٩٧٨ – قلنا : لسنا نقدم [3] حق الجناية ، بل نقول للمرتهن : إذا شئت فأد [4] الجناية وحقك باق ، وإن شئت فادفعه بالجناية [وحقك يسقط ، فثبت أحد الأمرين باختياره ، ولا يجبر بأداء الجناية] [5] ؛ فدل أن حق المرتهن أقوى .

١١٩٧٩ – ولأن الرهن عندنا مضمون بجنايته في ضمان المرتهن ، فلذلك خوطب بحكمها ، كما أن المالك يخاطب بحكم الجناية ، ولا يدل على أن حق ولي الجناية [أقوى من حق الملك ، وهذا موضع لا شبهة فيه ؛ لأن حق الملك لا يزول عن الرقبة إلا باختيار المالك ، وحق الجناية عنها يسقط بغيره ، وصار ولي الجناية] [6] إذا دفع إليه الأرش ، فكيف يكون حق الجناية أقوى من الملك ؟ .

---

(١) في (ص) : [بفعله] ، مكان : [بقوله] .

(٢) في (م) ، (ع) : [والإذن يسقط] ، مكان : [والآن يسقط] .

(٣) في (م) : [تقدم] بالتاء .

(٤) في (م) : [وإن] وفي (ع) : [فإن] ، مكان : [إن] ، وفي (م) : [فادي] ، مكان : [فأد] ، وهو خطأ .

(٥) في (ص) : [باذان] ، مكان : [باداء] وما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٦١٥

حكم بيع العبد القاتل أو المرتد

١١٩٨٠ - قال أبو حنيفة : إذا باع العبد القاتل أو المرتد فقتل في يد المشتري ، رجع بجميع الثمن .

وإن باع عبدًا سارقًا فقطع ؛ كان للمشتري رده وأخذ جميع الثمن .

١١٩٨١ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرجع المشتري بفضل ما بين عبد قد وجب عليه القصاص إلى عبد سليم [١] .

١١٩٨٢ - والظاهر [٢] : أن مذهب الشافعي مثل مذهب أبي حنيفة ، ومن أصحابه من قال مثل قولهما / [٣] . ١٤١/أ

١١٩٨٣ - لنا : أن العبد استحق انتزاعه من يد المشتري بسبب كان في يد البائع ، فأشبه الاستحقاق .

١١٩٨٤ - ولأنه [٤] معنى أوجب زوال ملكه عن العبد بسبب سابق بالعبد ، فكان له الرجوع بالثمن ، كما لو [٥] فسخ الحاكم العقد بوجوب القصاص .

١١٩٨٥ - ولأن يد المشتري أزيلت [٦] عن المبيع بسبب كان في يد البائع يصح

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٩٠/١) ، المسألة (٢٠٢٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٩٢/٦ ، ٣٩٣) ، البناية مع الهداية (١٧٨/٧-١٨٠) ، مجمع الأنهر (٤٥/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار (٩٩/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فالظاهر] .

(٣) قال الشافعي في الأم : « الرجل يبيع الرجل العبد قد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو حل قطع يده عنده في سرقة ، فيقتل فينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه ، أو يقطع فله الخيار في فسخ البيع أو إمساكه ؛ لأن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد » راجع المسألة في : الأم « باب الثنايا » (٦٠/٣ ، ٦١) ، المهذب مع المجموع (١٢٤/١٢ ، ٣٤٨ ، ٣٥٣) ، حلية العلماء (٣٣٢/٣ ، ٢٣٣ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠) ، فتح العزيز (٣٣١/٨ ، ٣٣٢) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٣٤/٤) وما بعدها . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الصاحبين . راجع المسألة في : المغني (١٨٩/٤) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤٣٦/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأنه] بدون العطف .

(٥) في (ع) : [فكما] ، مكان : [كما] ولفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ارتدت] ، مكان : [أزيلت] .

الإيصاء بها ، فصار [١] كإقامة البينة على ملكه .

١١٩٨٦ - احتجوا : بأن وجوب القتل عيب وأتبعه عيب آخر [٢] حدث في يد المشتري ، فصار كمن اشترى جارية حاملًا فولدت في يد المشتري وماتتْ من الولادة ، وكما لو كان العبد مريضًا فمات من ذلك المرض ، وكما لو [كانت الأمة مزوجة فأقبضها الزوج ، وكما لو] كان العبد زانيًا فجلد فمات [٣] .

١١٩٨٧ - والجواب : أن القتل عيب آخر حادث ؛ لأنه [٤] لما حصل بسبب كان في يد البائع موجبًا به صار كأن البائع رده إلى يده ، وفسخ قَبْضَ المشتري .

١١٩٨٨ - فأما الموت من المرض فليس بموجب به ، وكذلك الولادة ، وإزالة البكارة لم يوجبها البائع على ما قدمناه .

فأما الجلد فالذي أوجبه [٥] الزنا ضرب لا يؤدي إلى الإتلاف ، بدلالة : أنه لا يضربه في الحر الشديد ، ولا البرد الشديد . فإذا حصل التلف في يد المشتري وذلك غير موجب بالعيب [٦] الأول منع الرد .

* * *

(١) لفظ : [فصار] ساقط من (ع) .

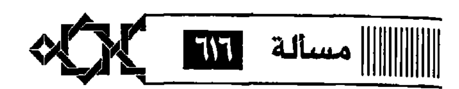
(٢) في (م) ، (ع) : [واتباعه عيبًا] ، ولفظ : [آخر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [حادثًا] ، ولفظ : [لأنه] ساقط منهما .

(٥) في (م) ، (ع) : [أوجب] ، بدون الهاء .

(٦) في (ع) : [البيع] ، مكان : [العيب] .


مسألة ٦١٦

ملك العبد للأموال

١١٩٨٩ - قال أصحابنا : العبد لا يملك الأموال وإن مَلَّكَه مولاه [١] .

١١٩٩٠ - وقال الشافعي في القديم : يملك إذا ملَّكه السيد ، ولا يملك من غير تمليكه [٢] .

١١٩٩١ - وزاد مالك [٣] رحمه الله على ذلك ، فقال : يملك وإن لم يملِّكه [٤] .

١١٩٩٢ - والخلاف يظهر في أنه لا يملك الوطء بملك اليمين عندنا ، وعندهم يملك .

وإن كان في يده مال فزكاته على مولاه عندنا ، وعندهم لا زكاة فيه .

١١٩٩٣ - لنا : قوله تعالى ﴿ ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ فِى مَا رَزَقْنَٰكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَآءٌ ﴾ [٥] .

١١٩٩٤ - فنفى سبحانه عن نفسه الشركاء وضرب لذلك مثلًا ، وهو أن عبيدنا لا يشركوننا [٦] في الملك ، فلو كان العبد يجوز أن يملك لم يصح التمثيل .

---

(١) راجع المسلة القرآن في : أحكام القرآن للجصاص في « سورة النحل » ، « باب السكر » (٣/١٨٧-١٨٩) ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (١/٣٩٠ ، ٣٩١) ، المسألة (٢٠٢٥) .

(٢) وقال الشافعي في الجديد : مثل قول الحنفية ، العبد لا يملك ولو بتمليك سيده ، وهو الأظهر ، كما في المنهاج . راجع المسألة في : مختصر المزني باب « الرد بالعيب » ص٨٣ ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب البيوع » ، « في مداينة العبيد » ، بذيل المجموع (٩/١٤١ ، ١٤٦-١٤٨) ، نهاية المحتاج « باب في معاملة الرقيق » (٤/١٨١) .

(٣) في (ص) ، (م) : [ملك] ، مكان : [مالك] .

(٤) قال ابن الرشيد في المقدمات : « فالعبد يملك على مذهب مالك ما ملكه سيده أو ملكه غيره ، ما لم ينتزعه منه سيده » . راجع المسألة في : المنتقى في « ما جاء في مال المملوك » (٤/١٦٩ ، ١٧٠) ، المقدمات الممهدات « كتاب المأذون له في التجارة » (٢/٣٤٠) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب العاشر في المأذون له ومعاملة العبيد » ص٢٩٨ . راجع المسألة في : المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (١/٣٤٢) وما بعدها ، المسألة (٣١) ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (١/٣٤٦) ، الكافي لابن قدامة « باب العبد المأذون » (١/٢٨٨) .

(٥) سورة الروم : الآية ٢٨ .

(٦) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لاشركونا] ، وفي (ص) : [لا يشركونا] ، والصواب ما أثبتناه .

ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴾ [١] ، والنكرة الموصوفة تصلح [٢] لكل واحد من الجنس ، كقوله : اعطِ رجلًا كوفيًّا .

١١٩٩٥ - فلا يخلو إما أن يكون نفي القدرة التي هي القوة أو القدرة التي هي الملك ، ولا يجوز أن يكون نفي القوة ، فلم يبق إلا أن يكون نفي الملك .

١١٩٩٦ - فإن قيل : فقد قال الله تعالى [﴿ وَضَرَبَ ٱللَّهُ] مَثَلًا رَّجُلَيْنِ أَحَدُهُمَآ أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴾ [٣] ، ولم يدل ذلك على أن [الأبكم لا يقدر .

١١٩٩٧ - قلنا : إنما أراد المملوك الأبكم ؛ بدلالة : قوله [تعالى] ﴿ وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَىٰهُ ﴾ ، ولم] يذكر المولى [٤] ، فاقتضى الظاهر أن الأبكم لا يملك ، وقام الدليل في أحد الموضعين بنفي [٥] الآخر .

١١٩٩٨ - ولأنه سبب يملك به الأعيان فلا يملك به المملوك كالميراث ، وعكسه النكاح .

١١٩٩٩ - ولأن الميراث أقوى في نقل الأملاك من العقد ؛ لأنه ينقل الملك بغير [٦] تراضٍ ، ويملك به ما لا يملك بالعقد ، وإذا لم يملك الأموال بأقوى السببين فلأن لا يملك بأضعفهما أولى . ولأنه مملوك فلا يملك .

١٢٠٠٠ - ولأن الحر لما ملك استباحة البضع بالأمر لم يملك غيره انتزاع ذلك الملك أبدًا ، وكذلك العبد لما ملك الاستباحة بالنكاح لم يملك المولى استباحة ملكه ، فلو ملك أن يستبيح بملك اليمين لم يملك المولى ملكه في الاستباحة [٧] .

* * *

---

(١) سورة النحل : الآية ٧٥ .

(٢) لفظ : [تصلح] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) الزيادة أثبتناها من المصحف ؛ لأنها ساقطة من جميع النسخ . سورة النحل : الآية ٧٦ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . قوله : [ولم يذكر المولى] ، أي لم يذكر حد المولى ، قال أبو بكر الجصاص بعد شرح « المولى » : وأيضًا فإن المولى إذا أطلق يقتضي مولى الرق ومولى النعمة ، ولا يصرف إلى ابن العم إلا بدلالة » في أحكام القرآن « باب السكر » (١٧٧/٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [نفي] .

(٦) في (ص) : [ينقل] ، وفي (ع) : [من غير] ، مكان : [بغير] .

(٧) قاعدة : « ملك أن يستبيح بملك اليمين لم يملك المولى ملكه في الاستباحة » .



البيع بشرط البراءة من العيوب لحلها

١٢٠٠١ - قال أصحابنا : إذا باع بشرط البراءة من العيوب كلها ، صح البيع والشرط ، ولم يجز له الرد بعيب [1] .

١٢٠٠٢ - وقال الشافعي : كلامًا اختلف أصحابه في معناه ، فمنهم من قال : فيها ثلاثة أقوال : أحدها : أنه لا يبرأ من [2] شيء من العيوب ظاهرًا أو باطنًا ، علم به حال البيع أو لم يعلم ، سماه للمبتاع أو لم يسم ، وسواء كان المبيع حيوانًا أو غيره .

والثاني : يبرأ بالشرط من جميع العيوب الظاهرة والباطنة ، علم بها أو لم يعلم ، في الحيوان وغيره .

والثالث : يبرأ من العيب بباطن الحيوان إذا لم يعلمه البائع .

١٢٠٠٣ - فأما إذا كان المبيع غير الحيوان ، ففيها قولان : أحدهما : يبرأ بكل حال . والثاني : لا يبرأ من عيب بحال [3] .

١٢٠٠٤ - ولا يجئ القول الثالث ؛ لأنه لا باطن لغير الحيوان إلا ويمكن التوصل إلى معرفة عينه والوقوف عليه .

١٢٠٠٥ - ومن أصحابه [4] من قال : فيها قولٌ واحد : أنه [5] لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب سواه .

---

(١) راجع المسألة في : اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى « باب الاختلاف في العيب » ص١٥ ، وموطأ مالك برواية محمد « باب بيع الغرر » ص٢٧٤ ، مختصر الطحاوي ، « باب المصراة وغيرها » ص٨١ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٠/١) ، المسألة (١٩٥٨) ، تحفة الفقهاء « باب خيار العيب » (١٠٢/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل : « وأما شرائط الصحة » (١٧٢/٥ ، ١٧٣) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ، ص٣٢١ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، الباب السابق (١٨٣/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر (٤٦/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار (٩٩/٤ ، ١٠٠) .

(٢) لفظ : [من] ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [محال] ، مكان : [بحال] .

(٤) في (م) : [أصحابنا] ، مكان : [أصحابه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

١٢٠٠٦ - وإذا شرط في العقد البراءة فهل يصح الشرط ، أو هل [1] يفسد العقد ؟ اختلفوا فيه ، فمن أصحابه من قال : يفسد العقد ، ومنهم من قال : لا يفسد [2] .

١٢٠٠٧ - لنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » [3] ، ظاهره أن لا خيار يثبت بعد التفرق .

وقال [عليه الصلاة والسلام] : « المسلمون عند شروطهم » [4] .

ولأن كل جزء تعلق به البيع عند وجوده صح أن لا يثبت به الرد عند عدمه ، أصله : العيوب المعلومة إذا وقف عليها .

ولأن كل حكم جاز أن يتعلق بالعيوب المعلومة جاز أن يتعلق بالعيوب المجهولة ، أصله : الرد .

ولأنه إسقاط حق ليس فيه معنى التمليك ، فصح مع الجهالة ، كالطلاق والعتق .

١٢٠٠٨ - فإن قيل : المعنى في الطلاق : أنه يصح تعلقه بالصفة ، وبالبراءة من المجهول [5] فلا يصح أن يتعلق بالصفة .

١٢٠٠٩ - قلنا : لا يمتنع أن يصح في المجهول ما لا يتعلق بالصفة ، كالإقرار .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وهل] .

(٢) قال الشافعي في اختلاف العراقيين : « وإذا باع الرجل العبد أو شيئًا من الحيوان بالبراءة من العيوب ، فالذي نذهب إليه - والله أعلم - قضاء عثمان بن عفان : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ونقصه عليه ... » . راجع : الأم « باب المصراة والرد بالعيب » (٧٠/٣) ، مختصر المزني « باب بيع البراءة » ص ٨٤ ، المهذب مع المجموع (٣٥٥/١٢) ، حلية العلماء (٢٨١/٤-٢٨٥) فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٣٨/٨-٣٤٠) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٣٦/٤) ، وما بعدها ، المدونة « كتاب التدليس بالعيوب » ، في « ما جاء في بيع البراءة » (٣٣٥/٣) ، التفريع « باب بيع البراءة » (١٧٩/٢) ، المنتقى في « ما جاء في العهدة » (١٧٩/٤ ، ١٨٠) ، الكافي لابن عبد البر « باب البراءة من العيوب » (٧١٢/٢ ، ٧١٣) ، بداية المجتهد « الباب الثاني في بيع البراءة » (١٩٩/٢ ، ٢٠٠) ، المسائل الفقهية (٣٤٤/١) ، المغني (١٩٧/٤ ، ١٩٨) ، الكافي لابن قدامة (٩٣/٢ ، ٩٤) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٦٠٢) ، وراجعه مع تفسيره في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » (٢٣٣/٧ - ٢٥٤) ، مسألة (١٤١٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين أثبتناه لمقتضى السياق . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، « كتاب الإجارة » ، « باب أجر السمسرة » (٣٥/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٧/٣) .

(٥) لفظ : [المجهول] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش مع لفظ يبدو : [بعله] أو [لعله] : ويصح أن تكون العبارة بإضافة اللفظ : [وبالبراءة من علة مجهولة] .

١٢٠١٠ - فإن قيل : حكم الطلاق والعتاق يفارق البراءة ؛ لأنه لو طلق إحدى امرأتيه ، أو عتق [1] أحد عبديه : صح ، ولو أبرأ أحد عبديه : لم يجز .

١٢٠١١ - قلنا : وكذلك البراءة من المجهول يصح من أحد العيبين [2] ؛ لأنهم قالوا : أبرأه من عيب واحد ، فوجد به عيبين وتعذر الرد يرجع بأرش أيهما [3] شاء .

فعلى هذا لو قال : بعتك بشرط البراءة من أحد العيبين [4] إما الجنون أو السرقة [5] جاز .

١٢٠١٢ - فإن قيل : المعنى في الطلاق : أنه بنى على التغليب .

١٢٠١٣ - قلنا : الإقرار لم يبن على التغليب ، ومع ذلك يصح مع الجهل به .

١٢٠١٤ - ولأنها جهالة لا تؤثر [6] في التسليم ولا تمنع صحة البيع ، كجهالة مقدار الصبرة [7] .

١٢٠١٥ - فإن قيل : يبطل بمن باع صبرة ، إلا قفيزًا منها .

١٢٠١٦ - قلنا : هذا غير مسلَّم والبيع جائز ، ولو سلمناه : لم تمنع [8] الجهالة البيع وإنما امتنع [العقد] ؛ لأنه عقد على مجازفة ومكايلة ، والبيع [يصح] [9] على أحد الجهتين .

١٢٠١٧ - قالوا : يبطل إذا باع بمثل ما باع فلان .

١٢٠١٨ - قلنا : هذه الجهالة تؤثر [10] في التسليم ؛ لأنهما يختلفان [11] فيما باع به .

١٢٠١٩ - قالوا : يبطل إذا باع ما في كمه والمشتري لا يعلمه [12] .

١٢٠٢٠ - ولأن البراءة من العيوب توجب جهالة صفة المعقود عليه ، وذلك لا يمنع من جواز العقد ، كجهالة قدر الصبرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أعتق] .

(٢) لفظ : [المجهول] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [عبدين] ، مكان : [العيبين] .

(٣) لفظ : [بأرش] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [بأيهما] ، بزيادة الباء .

(٤) في (م) ، (ع) : [العبدين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وأما السرقة] .

(٦) في (م) : [لا يؤثر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [مقدار الصبرة ولأنها جهالة] بزيادة الجزء الأخير .

(٨) في (م) : [لم يمنع] .

(٩) الزيادتان من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [يؤثر] .

(١١) في (ص) : [تختلفان] .

(١٢) زيادة في النسخ عبارة : « قلنا يجوز البيع » وهي عبارة خارجة عن السياق فحذفناها .

وهذا مبني على أصلنا : أن البراءة من الحقوق المجهولة جائزة (١) ؛ بدلالة : ما روت أم سلمة أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في مواريث قد درَسَت ، فقال لهما : « اقسما (٢) وتوخيا الحق ، وليحلل كلٌّ واحد منكما صاحبه (٣) » ، والموارثة الدارسة لا تكون (٤) إلا مجهولة ، ولو كان الحكم مختلفًا (٥) لبيّن ذلك رسول اللّه ﷺ .

وروى « أن النبي ﷺ بعث خالد بن الوليد إلى بني جَذِيمَة (٦) ، فاعتصموا بالسجود ، فأسرع فيهم القتل ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : اللّهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد ، وبعث بعلي (٧) ومعه مال ، ففاداهم حتى ميلغة الكلب ، وفضل معه مال ، فقال : خذوا هذا [المال احتياطًا لرسول اللّه ﷺ (٨)] مما [يعلم ولا تعلمون] (٩) من رسول اللّه ﷺ [فبلغ ذلك النبي ﷺ] ، فَسُرَّ به » (١٠) .

---

(١) في جميع النسخ : [جائز] ، والصواب ما أثبتناه . من قوله : [البراءة] إلى قوله : [جائزة] نقله التركماني بدون تصريف للرد على الشافعي ، في الجوهر النقي بذيل البيهقي (٣٢٩/٥) .

(٢) في (ص) ، (م) : [أسقهما] ، ولفظ : [فاقتسما] ساقط من (ع) ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٣) في (م) ، (ع) : [منهما] مكان : [منكما] . والحديث أخرجه أحمد في المسند (٣٢٠/٦) بلفظ : « جاء رجلان من الأنصار يختصمان إلى رسول اللّه ﷺ في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة ، فقال رسول اللّه ﷺ إنكم تختصمون إليّ وإنما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته ، أو قال : لحجته من بعض وساق الحديث حتى قال : « فقال رسول اللّه ﷺ : « أما إذا قلتما ، فاذهبا فاقتسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » .

(٤) في (ع) : [والموارث] ، وفي (م) : [الدراسة لا يكون] ، مكان المثبت .

(٥) في (ص) : [يختلف] وفي (م) : [مختلف] .

(٦) في جميع النسخ : [خزيمة] والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٧) في (م) ، (ع) : [لعلي] .

(٨) ميلغة الكلب وميلغه مسقاة تصنع من خشب ، ليلغ فيها ، وقد جاءت في النسخ أقرب إلى [حتى صلعه] والصواب ما أثبتناه ، طبقًا لما جاء في سيرة ابن هشام (٥٥/٤) ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٧٨ ، وما بين القوسين زائد ليس في أي من النسخ . وأثبتناه لاقتضاء السياق له ، ولظهور سهو الناسخ عنه .

(٩ ، ١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب المغازى » ، « باب بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة » (٢٠٣/٥) ونصه في البخاري بإسناده عن سالم عن أبيه قال : « بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جَذِيمة فدعاهم إلى الإسلام ، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا ، فجعلوا يقولون : صبأنا صبأنا ، فجعل خالد يقتل منهم ويأسر ، ودفع إلى كل رجل منا أسيره ، حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره ، فقلت لا واللّه لا اقتل أسيرى ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره حتى قدمنا على النبي ﷺ فذكرناه فرفع النبي ﷺ يده فقال : اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد مرتين » ، وأحمد في المسند (١٥٠/٢ ، ١٥١) ، والنسائي في المجتبى « كتاب آداب القضاة » ، « باب الرد على الحاكم إذا قضى بغير الحق » (٢٣٧/٨) .

١٢٠٢١ – فإن قيل : السجود ليس بإسلام ، وإنما تبرع النبي ﷺ بما أعطى احتياطًا .

١٢٠٢٢ – قلنا : قوله : « اللَّهم إني أبرأ إليك مما صنع [1] خالد » ، يدل على أن خالدًا قتل من لا يستحق القتل ، والفداء لا يكون تبرعًا [2] .

١٢٠٢٣ – قالوا : إذا دفع إليهم يبقى ذلك في ذممهم ، فصار قصاصًا بما لهم ، ووقعت البراءة بذلك لا بالعقد .

١٢٠٢٤ – قلنا : لا يجوز أن يحمل الأمر على أن عليًا عقد عقدًا فاسدًا لم يتعلق به حكم ، ولم [3] ينكره النبي ﷺ وسُرَّ به .

١٢٠٢٥ – ولأن إجماع الأمة من النبي ﷺ إلى يومنا أن يتحلل الناس عند المعاملات ، وإذا حضرهم الموت فلا ينكرون مقدار ما [4] يقع التحليل منه ، فدل على جواز البراءة من المجهول .

١٢٠٢٦ – ولأنه إسقاط حق ليس فيه معنى التملك ؛ فصح مع الجهالة ، كالطلاق والعتاق .

١٢٠٢٧ – ولأنها براءة من مجهول ؛ فصار كما لو علم أن [5] له عليه مائة ، وليس له مائتين وجهل ما بينهما ، فأبرأه من درهم إلى مائتين إذا ثبت هذا ، فإذا تعاقدا بشرط البراءة فليس فيه أكثر من إسقاط حقه على عيوب مجهولة .

١٢٠٢٨ – فإن قيل : حق الرد يثبت بعد العقد ، فهذا إسقاط حق لم يجب .

١٢٠٢٩ – قلنا : فإذا أبرأه بعد العقد لم يصح عندكم ، وهذا إسقاط حق عما وجب .

١٢٠٣٠ – وأما إذا شرط البراءة في العقد ، فإن البراءة إنما تتم بالقبول الذي يصح به الإيجاب فتحصل [6] البراءة عند تمام القبول ، فيكون براءة من حق ثابت .

١٢٠٣١ – ولأن كل صفة جاز البراءة عن الحقوق عليها جاز الإبراء عن العيوب منها [7] ، كالمعلومة .

فدل على أن هذا الشرط لا يبطل العقد ، والدليل عليه : « أن عبد اللَّه بن عمر رضي الله عنهما

---

(١) في (م) ، (ع) : [صنع فعله] ، بزيادة : [فعله] وهو خطأ .

(٢) في (م) ، (ع) : [شرعًا] ، مكان : [تبرعًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٤) في (ص) : [مما] مكان : [ما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنه] مكان : [أن] .

(٦) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [فيحصل] .

(٧) قاعدة : « كل صفة جازت البراءة عن الحقوق عليها جاز الإبراء عن العيوب منها » .

باع من زيد بن ثابت عبدًا على أنه برئ من كل عيب ، / فأراد زيد أن [(١)] يرده بالعيب ، فامتنع ابن عمر [(٢)] من قبوله واختصما إلى عثمان ، فقال [(٣)] لابن عمر : تحلف أنك ما علمت بالعيب فلم يحلف فقضى برده » [(٤)] ، وهذا يدل على أن مذهب الثلاثة : أن الشرط لم يفسد العقد [(٥)] .

١٤١/ب

١٢٠٣٢ - ولهذا قال الشافعي : والذي أذهب إليه في قضاء عثمان ، أنه لو أبرأ نفسه من كل عيب لم يعلمه ، لا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه له [(٦)] . ونقوله تقليدًا ومتابعة في أن البيع [(٧)] ، بشرط البراءة من كل عيب بالمبيع ولو لم يكن معلوما لا يبطل البيع ، كالعيب [(٨)] المعلوم .

١٢٠٣٣ - ولأنه أحد نوعي العيب [(٩)] ؛ فجاز أن يفسخ العقد مع شرط نفيه من العقد ، كالعيوب الظاهرة .

١٢٠٣٤ - فإذا ثبت هذا قلنا : إنه شرط لا يبطل البيع ، فيه منفعة أحد المتعاقدين ، فوجب أن يلزمه الوفاء به ، كصفة [(١٠)] الأجل وشرط البراءة من العيوب المعلومة .

وأما الدليل على جواز البراءة من العيوب بباطن الحيوان : فإجماع الصحابة ؛ لأن ابن عمر ﷺ اعتقد صحة البراءة ، وعثمان جوز البراءة من عيب لم يعلمه [(١١)] ، ولا مخالف لهما .

---

(١) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : [ابن عمر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٤) هذا الحديث رواه مالك في الموطأ ، « كتاب البيوع » ، « باب العيب في الرقيق » (٦١٣/٢) ، الحديث (٤) والبيهقي في الكبرى » ، « باب بيع البراءة » (٣٢٨/٥) .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا برى] ، مكان : [لا يبرأ] ، وفي جميع النسخ : [يعلمه] وما أثبتناه ، والزيادتان من الأم ومختصر المزني ، وزاد في الأم : « ونقصه عليه ، وإنما ذهبنا إلى هذا تقليدًا ، وإن فيه معنى من المعاني يفارق فيه الحيوان ما سواه » ، ونحوه في مختصر المزني ، النص مضطرب ؛ إذ تقرأ هذه الفقرة على النحو التالي : « ولهذا قال الشافعي والذي أذهب إليه قضاء عثمان أنه برئ من كل عيب لم يعلمه لا يبرأ من عيب علمه فلم يسلم له ونقضيه تقليدًا أولا تباع بشرط البراءة من عيب بالمبيع فلم يبطل البيع كالعيب المعلوم » ، وقد حاولنا أن نقترب من المعنى المقصود قدر الطاعة والوسع .

(٧) في (م) ، (ع) : [أو لا تباع] .

(٨) في (م) : [كالعنب] .

(٩) في (م) : [العنب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لصفة] .

(١١) في (ع) : [لا يعلمه] .

١٢٠٣٥ - فإن قيل : زيد يخالف .

١٢٠٣٦ - قلنا : روى الطحاوي أنه كان يرى جوز البراءة من العيوب كلها [١] فيجوز أن يكون ملك للرد [٢] ؛ لأنه اعتقد مذهب عثمان .

١٢٠٣٧ - وقد [٣] ألزم أبو حنيفة ابن أبي ليلى [٤] ، فقال : أرأيت إن كان العيب [٥] بذَكَر العبد أو بفرج [٦] الجارية ، أيضع يد المشتري عليه حتى يراه ، أولا يجد طريقًا إلى الشراء [٧] منه ، وهذا لا يصح .

١٢٠٣٨ - ولأنه حيوان معيب صح العقد عليه على وجه لا يثبت الرد ؛ أصله : الحيوان الذي عيبه [٨] ظاهر .

وإذا ثبت هذا في الحيوان ، وهو مذهب الشافعي : قلنا : كل مبيع جازت البراءة من عيوبه مع العلم جازت مع الجهل ؛ أصله : الحيوان [٩] .

١٢٠٣٩ - ولأن ما جاز استيفاؤه في البيع على حيوان جاز في البيع على غيره ، أصله : الأجزاء المعلومة .

١٢٠٤٠ - قال الشافعي في اختلاف العراقيين : إذا باع عبدًا [١٠] أو شيئًا من الحيوان بالبراءة ، فالذي ذهب إليه قضاء عثمان [بن عفان] : أنه يبرأ كل عيب لم يعلمه [١١] ،

---

(١) قال ابن التركماني : « روى الطحاوي في « اختلاف العلماء » بسنده عن زيد بن ثابت أنه كان يرى البراءة من كل عيب جائزة » . راجع رواية الطحاوي ، بذيل الكبرى للبيهقي (٣٢٨/٥ ، ٣٢٩) .

(٢) في جميع النسخ : [ملك للرد] ، فلا يستقيم المعنى من غير تعديل السياق ، لعل تصويبه يكون هكذا : [فيجوز أن يكون هذا ردًا على مالك] ، كما أنه مرجع الضمير في : [لأنه] يوحي أنه راجع إلى مالك .

(٣) في (م) : [قال] ، مكان : [قد] .

(٤) ورد في هامش (ص) : [إلزام أبي حنيفة ابن أبي ليلى] بخط بارز كعنوان . وابن أبي ليلى : هو محمد ابن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي مات في شهر رمضان ، سنة ثمان وأربعين ومائة . تكرر ذكره في أماكن عديدة .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [فرج] بحذف الباء .

(٧) في (م) ، (ع) : [المشتري] . بحثنا عن هذا النص في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، في « باب الاختلاف في العيب » فلم نجده في النسخة التي اعتمدنا عليها .

(٨) في (م) ، (ع) وفي صلب (ص) : [أصله] ، مكان : [عيبه] ، والمثبت في هامش (ص) ، من نسخة أخرى .

(٩) قاعدة : « كل مبيع جازت البراءة من عيوبه مع العلم جازت مع الجهل » .

(١٠) لفظ : [عبدًا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [براء] ، مكان : [يبرأ] و [لم يعلم] بدون الهاء .

ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه له [(١)] ويعتمد عليه تقليدًا ، فإن الحيوان يُعترى [(٢)] بالصحة والسقم وتحول طبائعه وإن صح [(٣)] في القياس ، لولا ما وصفنا من [افتراق الحيوان وغيره] أن لا يبرأ من عيب [كان به] وإن سماه [لاختلافه] وأن يبرأ من كل عيب .

١٢٠٤١ - والأول أصح [(٤)] ، فذكر أنه ترك القياس تقليدًا لعثمان ، فلما ذكره ، وهذا هو القول [الذي] [(٥)] يختص القياس والعدول عن مقتضاه ، بدليل هو منكر الاستحسان [(٦)] .

١٢٠٤٢ - فنقول : وإن كان منكر المسمى : فلا معنى بالأسامي ، و إن كان يمنع بالمعنى [(٧)] : فقد قال بمعناه ، ثم قلد معناه وترك القياس ، وإلا قلد ابن عمر وأخذ بالقياس .

١٢٠٤٣ - احتجوا : بما روى أبو هريرة ، وابن عمر ﷺ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر » [(٨)] ، وبيع البراءة بيع غرر ؛ لأنه لا يدري قدر العيب ، والثمن يختلف باختلافه .

١٢٠٤٤ - والجواب : أن الغرر ما كان يتقوم السلامة ، وقد بينا ذلك فيما تقدم فالتسليم ممكن مع شرط البراءة ، فلم نسلم أن ذلك غرر .

١٢٠٤٥ - قالوا : روى عقبة بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال : « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعًا - فعلم فيه عيبًا - وفيه عيب إلا بينه له » [(٩)] .

١٢٠٤٦ - قلنا : إنما منع النبي ﷺ التدليس على المشتري ، ومتى باعه على أنه بريء من القروح ، والكر ، والبياض فقد بين ما علمه من الغرر ، فلا يدخل تحت النهي .

١٢٠٤٧ - قالوا : خيار فسخ ثبت بإطلاق العقد ؛ فوجب أن لا يسقط الشرط ، كخيار الرؤية .

---

(١) في الأم : « ولم يسمه البائع » وفي مختصر المزني : « له » ، مكان : « البائع » ، وقد أشرنا فيما سبق إلى مصدره .

(٢) في جميع النسخ : [يعتدي] وفي مختصر المزني : [لا يفتدى] ، والمثبت من الأم .

(٣) لفظ : [تحول] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [تابعه] ، وفي (ص) : [بايعه] ، مكان : [طبائعه] وفي جميع النسخ : [والأصح] ، المثبت من الأم .

(٤) الزيادات أثبتناها ليصح المعنى ؛ ويبدو أن المؤلف تصرف في النص واختصره حتى صعب فهمه . راجع تفصيل نص الشافعي الأم ومختصر المزني ، وغيرهما من كتب المذهب .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) يشير إلى اعتمادات الشافعي في هذه المسألة على الاستحسان الذي ينكره والذي قال عنه إنه القول بالتشهي .

(٧) في (م) ، (ع) : [من المعنى] ، مكان : [بالمعنى] .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) .

(٩) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب من باع عيبًا فليبينه » (٧٥٥/٢) ، الحديث (٢٢٤٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٨/٢) .

١٢٠٤٨ - قلنا : لا يسقط بالشرط ، وإنما يسقط بإبراء المشتري .

١٢٠٤٩ - فإن قالوا : قوله في خيار الرؤية مثله .

١٢٠٥٠ - قلنا : جنس ذلك الخيار لا يسقط بالبراءة ، وجنس هذا الخيار يسقط بالبراءة ، بدلالة : العيوب المعلومة .

١٢٠٥١ - ولأن خيار الرؤية بسبب عدم الرؤية ، فإذا شرط في العقد البراءة منه فقد أسقط حقًّا قبل وجوب سببه .

١٢٠٥٢ - وأما خيار العيب فيثبت بنفس العقد ، وإذا قبل العقد بشرط البراءة حصلت البراءة عند تمام القبول ، وأسقط بها حقا قد وجب فلذلك صح .

١٢٠٥٣ - ولأن عدم الرؤية جهل فجهل به جميع صفات المبيع ، فلم يصح التزام العقد مع هذه الجهالة لحق [1] اللَّه تعالى ، كما لا يصح التزام البيع المجهول العين .

١٢٠٥٤ - وأما جهالة العيوب فإنها الجهل بعض صفات البيع ، وهذا لا يمنع من التزام العقد ، كمن رأى دارًا ولم ينظر إلى داخلها ، وإلى ما دون الشكل من الجارية ، ولهذا إذا شرط البراءة من خيار الرؤية أفسد العقد ، وإذا شرط [2] البراءة من العيوب لم يفسد على ما بينا .

١٢٠٥٥ - قالوا : فوات في المبيع لا يثبت إلا بشرط ؛ فوجب أن لا يثبت مع الجهالة [3] ، أصله : الخيار ، والأجل ، والرهن ، والتضمين [4] .

١٢٠٥٦ - وربما قالوا : [فوات في المبيع لا يثبت إلا بشرط ، فوجب أن لا يثبت مع الجهالة إلا لعلة . أصله : الخيار ، والأجل ، والرهن ، والتضمين .

١٢٠٥٧ - قالوا :] [5] معنى يرتفق به أحد المتعاقدين [6] ، فلا يثبت مع الجهالة لعلة ما قدمنا .

١٢٠٥٨ - قلنا : الأجل والخيار والرهن إيجاد معاني ، والبراءة استيفاء حق ، وإثبات الحقوق يؤثر [7] في الجهالة ، كما يؤثر في التمليكات ، والبراءة من العيوب إسقاط حق

---

(١) في (ع) : [بحق] .

(٢) لفظ : [شرط] ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مع الجهالة لعلة] ، بزيادة : [لعلة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الضمين] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [المتبايعين] ، مكان : [المتعاقدين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [مؤثر] .

فلا تؤثر فيه الجهالة ، كالطلاق .

١٢٠٥٩ – ولأن جهالة الأجل تؤثر [1] في التسليم ؛ لأنه لا يدري متى يسلم الثمن .

وكذلك جهالة الخيار تؤثر [2] في التسليم ؛ لأن من له الخيار لا يجبر على التسليم .

١٢٠٦٠ – وجهالة الكفالة ، والرهن تؤثر [3] في التسليم ؛ لأن البائع لم يمنع من تسليم المبيع حتى يسلم إليه الرهن ، والجهالة إذا أثرت في التسليم تتعقب العقود ، وجهالة العيوب لا تؤثر [4] في التسليم ، فلم تؤثر [5] في العقد ، كجهالة مقدار الصبرة .

١٢٠٦١ – قالوا : إبراء عمّا لم يجب ؛ فلا يسقط ، كما لو سبق الشرط العقد [6] .

١٢٠٦٢ – قلنا : لا نسلم أن البراءة تحصل [7] بتمام القبول ، والخيار قد يثبت بالقبول ، فتصح [8] البراءة بعد ثبوت الحق ويبطل هذا بعيوب بباطن الحيوان .

١٢٠٦٣ – قالوا : كل عيب يرد به المبيع لم يسقط رده به بشرط البراءة من العيوب التي تحدث بعد العقد والمشروط قبل القبض [9] على ظاهر المسألة .

١٢٠٦٤ – اختلف أبو يوسف ، ومحمد فيها ، فقال أبو يوسف : تصح [10] البراءة ، وقال محمد : لا تصح [11] .

١٢٠٦٥ – فإن قلنا بقول أبي يوسف : لم نسلم الأصل ، ولئن [12] سلمنا ، فلأن هذه براءة من حق لم يخير من مسألتنا إبراء من حق قد وجب .

١٢٠٦٦ – قالوا : أصاب بالمبيع عيبًا كان في يد البائع لم يقف عليه ، فوجب أن يثبت له الرد ، أصله : إذا شرط البائع البراءة .

١٢٠٦٧ – قلنا : المعنى في الأصل : أنه لم يسقط حقه من الرد ، فلذلك يثبت [13] الخيار .

١٢٠٦٨ – وفي مسألتنا : أسقط الحق بعد [وجود] [14] سبب وجوبه ، فلم يثبت

(١ ، ٥) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [العقد الشرط] بالتقديم والتأخير .

(٧) في (م) ، (ع) : [يحصل] .

(٨) في (م) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] وفي (م) ، (ع) : [فيصح] ، مكان المثبت .

(٩) قاعدة : « كل عيب يرد به المبيع لم يسقط رده به بشرط البراءة من العيوب التي تحدث بعد العقد والمشروط قبل القبض » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يصح] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

(١٢) في (م) : [فليس] وفي (ع) : [فلئن] ، مكان المثبت .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

الرد ، كالعيب الظاهر .

١٢٠٦٩ – قالوا : الدليل على أن البراءة من الحقوق المجهولة لا تصح : أنه نوع [١] لا يجوز تعليقه بغبطة [٢] ، فوجب أن لا يصح في المجهول ، كالهبة .

١٢٠٧٠ – قلنا : الهبة تمليك ، والجهالة تؤثر في التمليك ، ولا تؤثر [٣] في إسقاط الحق عن الملك [٤] . ألا ترى : أن النكاح لا يصح [في امرأة مجهولة ، ويصح الطلاق في واحدة من نسائه ، وكذلك تحليل العبد لا يصح] [٥] مع الجهالة ، ويصح عتق عبد [٦] من عبيده .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يصح أنه نزع] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [لغبطة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فالهبة] ، مكان : [الهبة] و [مؤثر] ، مكان : [تؤثر] ، و [لا يؤثر] ، مكان : [ولا تؤثر] .

(٤) قاعدة : « الجهالة تؤثر في التمليك ولا تؤثر في إسقاط الحق عن الملك » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [عبده] ، بزيادة الهاء .



حكم الرجوع بالأرش بعد اطلاعه على عيب في ثوب قد صبغه

١٢٠٧١ - قال أصحابنا : إذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب ، فله الرجوع بالأرش (١) .

١٢٠٧٢ - وقال الشافعي : إن قال البائع : أنا آخذ الثوب وأعطي قيمة الصبغ ، قيل للمشتري : أنت بالخيار بين الرد وبين الإمساك بغير أرش (٢) .

١٢٠٧٣ - لنا : أن الصبغ لم يقع عليه العقد .

ولأنه دخل في التسليم المستحق بالعقد ، فلا يجوز أن يقع عليه الفسخ ، كثوب آخر .

ولأنها عين لم يسلمها البائع فلا يصح ردها عليه بالفسخ (٣) ، كثوب آخر .

١٢٠٧٤ - قالوا : هذا قادر على استدراك الظُّلامة (٤) بالرد فوجب أن لا يكون له

---

(١) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في العيوب » ص ٣٥٢ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٢/١) ، المسألة (١٩٧١) ، بدائع الصنائع ، فصل « وأما حكم البيع » (٢٨٤/٥ ، ٢٨٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٦٧/٦) ، البناية مع الهداية (١٥٢/٧-١٥٤) ، مجمع الأنهر (٣٩/٢ ، ٤٠) ، الدر المختار مع رد المحتار (٨٥/٤) .

(٢) قال الرافعي في فتح العزيز : « لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته ثم عرف عيبه ، فإن رضي بالرد من غير أن يطالب بشيء ، فعلى البائع قبوله ويصير الصبغ ملكًا له . راجع تفصيل المسألة في : فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٥٥/٨-٣٥٩) ، المجموع للسبكي (٢٤٢/١٢) وما بعدها ، المدونة « في الرجل يبيع السلعة ويدلس فيها بالعيب وقد علمه » (٣٢١/٣) وما بعدها ، الكافي لابن عبد البر « باب إذا حدث عند المشتري عيب » (٧١٦/٢) ، المنتقى في « العيب في الرقيق » (١٩٩/٤) ، بداية المجتهد « باب في طرو النقصان » (١٩٨/٢) ، شرح الزرقاني (١٤٢/٥ ، ١٤٣) ، المغني (١٨٧/٤) ، الكافي لابن قدامة (٩٣/٢) .

(٣) لفظ : [بالفسخ] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ص) : [الطلامة] ، بالطاء المهملة ، والصواب ما أثبتناه . الظُّلَامَةُ : بضم الظاء المعجمة بمعنى المظلمة ، أي الحق الذي أُخذ ظلمًا ، يقال : مظلمتي وظلامتي عند فلان ، أي : حقي الذي أخذ مني ظلمًا عند فلان . وفي لسان العرب : « والظُّلامة ، والظَّليمة ، والمَظْلمة : ما تطلبه عند الظالم . وهو اسم ما أُخذ منك . وفي التهذيب : « الظلامة اسم مظلمتك التي تطلبها عند الظالم ، يقال : أخذها منه ظلامة » . راجع : المغرب « الظاء مع اللام » ص٢٩٩ ، لسان العرب ، مادة « ظلم » (٢٧٥٧/٤) ، المصباح المنير « الظاء مع اللام وما يثلثهما » (٣٦٤/٢) .

الأرش ، كما لو كان ثوبًا فقطعه [1] .

١٢٠٧٥ - قلنا : هناك يقع الفسخ على ما وقع عليه العقد ، وفي مسألتنا : يقع على ما لم يقع عليه العقد ولا التسليم [الموجب] [2] .

١٢٠٧٦ - ولأنه إذا قطع فالرد [3] ممتنع لحق البائع ، وقد رضي البائع بإسقاط حقه . وفي مسألتنا : الرد ممتنع لحق المشتري فرضا البائع بأخذه لا يجوز أن يسقط حقه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يقطعه] .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [والرد] .

مسألة ٦١٩

حكم رد العبد المبيع إذا باعه المشتري

١٢٠٧٧ - قال أصحابنا : إذا باع المشتري العبد فرد عليه بعيب لم ، يكن له رده على بائعه [1] .

١٢٠٧٨ - وقال الشافعي : له ذلك .

١٢٠٧٩ - وإن اشتراه من المشتري أو وهبه له أو ورثه ، ففيه وجهان : من قال منهم[2] : إن المشتري إذا باع لا يرجع بالأرش لتعذر الرد [3] ، قال ههنا : يثبت الرد [4] ؛ لأنه ممكن .

١٢٠٨٠ - ومن قال : لا يرجع [5] ؛ لأنه يستدرك الظُّلامة حين باعه على السلامة . قال : ليس له أن يرد [6] .

١٢٠٨١ - لنا : أن المبيع دخل في ملكه بقبوله ورضاه ؛ فلم يملك رده بعيب [7] على البائع ، كالموصى له ، وكما لو أخر الرد [8] وعكسه الوارث .

---

(١) قال القدوري في متنه : « ومن باع عبدًا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب ، فإن قبله بقضاء القاضي ، فله أن يرده على بائعه ، وإن قبله بغير قضاء القاضي ، فليس له أن يرده » .

راجع المسألة في : الجامع الصغير ص ٣٥٢ ، ٣٥٣ ، متن القدوري « باب خيار العيب » ص ٣٦ ، روضة القضاة (٣٨٤/١) ، المسألة (١٩٧٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٧٤/٦-٣٧٨) ، البناية مع الهداية (١٦٢/٧-١٦٥) ، مجمع الأنهر (٤٢/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار (٨٩/٤ - ٩١)

(٢) في (م) ، (ع) : [منهم من قال] ، مكان المثبت .

(٣) في جميع النسخ : [لتعذر الرد] ، وتصويبه : [لعدم تعذر الرد] ، كما في كتب الشافعية ، وقد وضحه الرافعي بقوله : [لأنه لم ييأس من الرد ، فربما يعود إليه ويتمكن من رده] .

(٤ ، ٥) لفظ : [الرد] ، [لا يرجع] ساقطان من (ع) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع (٢٩٧/١٢) وما بعدها ، حلية العلماء (٢٦٧/٤-٢٦٩) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٤٣/٨-٣٤٥) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٤٦/٤) ، المدونة « في الرجل يشتري العبد ثم يبيعه ثم يدعي بعد ما باعه أن به عيبًا » (٣١٣/٣) ، شرح الزرقاني (١٤٠/٥ ، ١٤١) ، المغني (١٤٤/٤ ، ١٤٥) ، الكافي (٨٧/٢) .

(٧) في (م) : [لعيب] ، في (ع) : [بالعيب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لو أخر الرد وعكسه الرد] ، بزيادة : [وعكسه الرد] ، وهو خطأ .

١٢٠٨٢ – فإن قيل : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن عندنا الرد بالعيب لا يقف على رضا البائع ، ولا على حضوره .

١٢٠٨٣ – قلنا : قد دللنا على إبطال هذا القول بالوصف على أصلنا .

١٢٠٨٤ – ولأنا نصور المسألة إذا حدث عند المشتري الثاني عيب فرده على المشتري الأول ثم زال العيب ؛ لا يلزم إذا رده [1] المشتري الآخر قبل القبض ؛ لأنه يدخل في ملك المشتري الأول بغير قبوله .

ولا يلزم إذا وهبه ثم رجع فيه بغير رضاه ؛ وإذا أخذه العدو ثم وجده قبل القسمة ؛ لأنه فيه روايتان .

١٢٠٨٥ – ولأنه مبيع دخل في ملكه بقبول ، فلم يجز أن يُرَدَّ على بائعه . أصله : إذا اشتراه من الثاني فقد علم العيب ؛ لأن كل من [2] يجوز / له الرد بعيب إذا أخر الرد عن [3] حال الإمكان لم يكن له الرد بذلك العيب [4] . أصله : إذا [5] حدث عنده عيب آخر .

١٤٢/أ

١٢٠٨٦ – احتجوا : بأنه تعذر ردها بخروجها من ملكه ، فإذا رجعت إليه ثبت له حق الرد ، كما لو رجعت بقضاء .

١٢٠٨٧ – قلنا : يبطل إذا علم بالعيب فاشتراها . والمعنى في الأصل : أن البيع دخل في ملكه بغير قبوله ، فصار كالوارث . وفي مسألتنا : دخل في ملكه بقبوله ، فصار كالموصى له .

١٢٠٨٨ – فإن قيل : عندنا يرجع إليه بغير قبوله .

١٢٠٨٩ – قلنا : لا نسلم الوصف ، وهو قولكم إذا رجعت إليه ؛ لأنها لا ترجع عندنا إلا بالتراضي .

---

(١) في (ص) : [إذا رد] ، بحذف الهاء .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما] ، مكان : [من] .

(٣) في (ص) : [احبر] ، بدون نقط ، في (م) : [أضَرَّ] ، مشكلة ، مكان : [أخر] ، ولفظ : [عيب] زائد في (ص) دون سواها .

(٤) في (م) ، (ع) : [إن] ، مكان : [إذا] .

(٥) قاعدة : « كل من يجوز له الرد بعيب إذا أخر الرد عن حال الإمكان لم يكن له الرد بذلك العيب » .

١٢٠٩٠ - قالوا : لم يثبت له حكم العيب ؛ لأنه استدرك الظُّلامة بخروجها [1] من ملكه على السلامة ، فإذا رُدت إليه [2] وأخذ منه الثمن ، وجب أن يثبت له الرد ، كما لو رُدَّ بقضاء .

١٢٠٩١ - قلنا : حكم العيب قد ثبت له وخروجها من ملكه على السلامة ، فإنه حصلت له معرفة ، ولا يجوز أن يسقط الحق الذي يثبت له قِبَل بائعه ، كما لو زادت قيمتها بالسِّمن أو بتعلمها صناعة .

١٢٠٩٢ - يبين [3] هذا : أنه لو وُهِبَهَا لم يستدرك الظلامة ولا يثبت له حكم العيب ، وأنها لا تثبت ؛ لأن الملك الذي أوجبه البائع قد زال ، فإن عاد ذلك الملك عادت أحكامه ، وإن عاد على ملك آخر لم تعد [4] أحكام ذلك الملك ، وكما لا تعود [5] لو ملك عينًا أخرى .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فخروجها] .
(٢) في (ص) ، (م) : [عليه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٤) في (م) : [لم يعد] .
(٥) في (م) : [لا يعود] .


مسألة ٦٢٥

حكم ولد المبيعة إذا ولدت في يد البائع

١٢٠٩٣ - قال أصحابنا : إذا ولدت المبيعة في يد البائع ، وقبضها المشتري ؛ دخل الولد في البيع وحصل له حصة من الثمن ، فإن وجد بالأم عيبًا ردها بحصتها من الثمن [(١)] .

١٢٠٩٤ - وقال الشافعي : لا يدخل في البيع ، ولا حصة له من [(٢)] الثمن ، فإن وجد بالأم عيبًا ردها [(٣)] بجميع الثمن وسلم له الولد بغير شيء [(٤)] .

١٢٠٩٥ - لنا : أنه ولد حدث من المبيع قبل تمام البيع ؛ فصار كما لو ولدت [(٥)] في المجلس .

ولأنه ولد حدث قبل التسليم ؛ فصار [(٦)] كما لو حدث في مدة الخيار .

١٢٠٩٦ - ولأن التسليم حق مستقر في رقبة الأم ؛ فيسرى إلى الولد ، كالاستيلاد . وما وجب تسليمه بالبيع فهو من المبيع [(٧)] .

١٢٠٩٧ - ولا يلزم حق الجناية ووجوب الزكاة ؛ لأن كل واحد منهما غير مستقر ، بدلالة : أن المالك مخير في نفسه في الرقبة أو نقله عنها ، فالمنافع لا يمكن تسليمها إلا بتسليم الرقبة [(٨)] .

---

(١) قوله : [من الثمن] ساقط من (م) ، (ع) . راجع تفصيل المسألة في بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٥٦/٥) .

(٢) في (ع) : [في] مكان : [من] .

(٣) لفظ : [ردها] ساقط من (ع) .

(٤) الأصل عند الشافعية في هذه المسألة وما شابهها قوله عليه الصلاة والسلام : « الخراج بالضمان » ، وقالوا : إن كانت الزيادة منفصلة أمسكها ورد الأصل . راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٥٣/٤ - ٢٥٥) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » بذيل المجموع (٣٧٩/٨ ، ٣٨٠) ، المجموع مع المهذب « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (٢٠١/١٢) وما بعدها ، المدونة ، « في الرجل يبتاع الجارية من الرجل فتلد أولادًا ثم تموت الأم ويظهر المشتري على عيب كان بالجارية » (٣٠٩/٣ ، ٣١٠) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » ، فصل « خيار الرد بالعيب على التراخي » (١٦١/٤) .

(٥) في (م) : [وجدت] وفي (ع) : [حدث] .

(٦) لفظ : [فصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : « ما وجب تسليمه بالبيع فهو من المبيع » .

(٨) قاعدة : « المنافع لا يمكن تسليمها إلا بتسليم الرقبة » .

١٢٠٩٨ - ولا يلزم الجارية المستأجرة ؛ لأن حق التسليم ليس بمتعلق بالرقبة وإنما تعلق بالعمل .

١٢٠٩٩ - فإن قيل : المعنى في الاستيلاد : أن الحرية مبنية على التغليب والسراية ، وحق التسليم غير مبني على التغليب .

١٢١٠٠ - قلنا : لا يمتنع أن يسري الحق المستقر في الأم إلى ولدها ، وإن كان غير مبني على التغليب ؛ ألا ترى : أن الملك الذي يسري إلى الولد مبنى على التغليب .

١٢١٠١ - احتجوا : بأنه حادث في ملك المشتري ؛ فلم يدخل في المبيع . أصله : إذا وجد به بعد القبض .

١٢١٠٢ - قلنا : المعنى فيه : أنه حدث ، ولا حق للبائع في الرقبة ، فلم يتعلق حقه به ، فلا يدخل في بيعه ، وقبل القبض حدث الولد وللبائع حق في الرقبة مستقر- وهو الجنس- فسرى ذلك الحق إلى الولد وما وجب حبسه بالبيع ، فهو داخل [فيه .

١٢١٠٣ - قالوا : لو تلف الولد من يد البائع لم يسقط بتلفه شيء من الثمن ، ولو كان دخل في] [1] العقد وانقسم الثمن عليه لسقطت حصته ، كما لو اشترى الأم وولدًا منفصلًا .

١٢١٠٤ - قلنا : لا يمتنع أن يدخل في العقد ولا يسقط بتلفه شيء إذا دخل على طريق البيع ، كالأطراف .

١٢١٠٥ - فإن قيل : الأطراف لم ينقسم الثمن عليها .

١٢١٠٦ - قلنا : وكذلك الولد إنما ينقسم الثمن عليه بالقبض ، ولهذا [2] تعتبر قيمته يوم القبض ، فأما قبل القبض فهو بيع ، فلم ينقسم الثمن عليه ، وإذا قبض دخل في القيمة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن ينعقد] ، وهو تصحيف ، وقوله : [أن ينقد] ، أي أن يعطي يقال : نقدت له الدراهم ، أي أعطيته . راجع : لسان العرب ، مادة : « نقد » (٤٥١٧/٦) ، المصباح المنير ، « النون مع القاف وما يثلثهما » (٥٩٢/٢) .

مسألة ٦٢١

هل لأحد من المشتريين أن ينقد حصته من الثمن للبائع ويأخذ به نصف الصفقة ، أم لابد من استيفاء جميع الثمن ؟

١٢١٠٧ - قال أصحابنا : إذا ابتاع رجلان من رجل عبدًا بثمن واحد ؛ فليس لأحدهما أن ينقد [١] نصيبه ويأخذ نصف العبد ، حتى يستوفي البائع جميع الثمن [٢] .

١٢١٠٨ - وقال الشافعي : يعطي نصف الثمن ، ويأخذ نصف العبد [٣] .

وهذه مبنية على : أن العقد صفقة واحدة ، وقد دللنا على ذلك ، فصارا كالمشتري الواحد .

١٢١٠٩ - ولأنه باع العبد بثمن واحد حال [٤] ؛ [فلم يستحق عليه تسليم نصفه باستيفاء نصف الثمن . أصله : إذا كان المشتري [واحدًا] لأن كل حالة] [٥] لا يجبر البائع فيها على تسليم شيء من المبيع إذا كان المشتري واحدًا ، فإنه لا يجبر إن كان المشتري اثنين والثمن جملة واحدة . أصله : إذا لم يبذل بعد شيء من الثمن .

١٢١١٠ - وهم بنوا على أصلهم : أنهما صفقتان ، كما لو أفرد كل واحد بالنقد [٦] .

وقالوا : عقد في أحد طرفيه عاقدان [٧] ؛ فصار كما لو كان المشتري واحدا والبائع اثنين .

١٢١١١ - قلنا : إن باعا صفقة واحدة فهو مثل مسألتنا ، وإن باعا عقدين ، فغير مسألتنا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن ينعقد] والصحيح : « أن ينقد » : أي يعطى . يقال : نقدته الدراهم أي أعطيته الدراهم .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع (٢٥٠/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب السلم » في : مسائل منثورة (١٢٧/٧) .

(٣) راجع المسألة في : المجموع « باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره » ، « فرع : لو كان لرجل عبد » (٣٣٧/٩) ، المنتقى « كتاب البيوع » في « العيب في الرقيق » (١٨٧/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [حالًا] .

(٥) الزيادة أثبتناها لمقتضى تيسير فهم المعنى ، وما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالعقد] .

(٧) في جميع النسخ : [عدان] ، وهو تصحيف ؛ والمعنى لا يستقيم به ، والصواب ما أثبتناه .



حكم قبض المبيع لو دفع أحدهما جميع الثمن للبائع

١٢١١٢ - [قال أصحابنا [١]] : إن نقد أحدهما جميع الثمن ، كان له قبض جميع العبد .

١٢١١٣ - وقال أبو يوسف : ليس له إلا قبض نصف العبد [٢] ، وبه قال الشافعي .

١٢١١٤ - وهذه المسألة مبنية على الأولى : أنه لا يتوصل إلى قبض شيء منه إلا بأداء جميع الثمن ، وكل من وقف قبضه على بذل جميع المبيع (لم يقبضه إلا بهذا البذل) ، أصله : المشتري الواحد .

١٢١١٥ - ولا يلزم إذا كان شريكه حاضرًا ، فإن الغائب لا يولي عليه ، وإن لم يأذن في التصرف عنه لم يجز قبض ماله بغير إذنه .

١٢١١٦ - قلنا : دخوله مع شريكه في العقد إذن في فعل ما يُتم العقد ، وما يستوفي به حقوقه ؛ لأن كل واحد لا يتوصل إلى حقه إلا بذلك ، فكأنه أذن له في دفع الثمن وفي الانتفاع بنصيبه ، وذلك لا يمكن إلا بقبض جميع العبد .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة تتفق مع الطريقة التي يسير عليها المؤلف في تقرير مذهب الأحناف مسألة تلو الأخرى .

(٢) في (ع) : « قبض إلا نصف العبد » بتقديم « قبض » . راجع المسألة في : بدائع الصنائع (٢٥٠/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١٢٧/٧ ، ١٢٨) .



رجوع الشريك بما يدعيه على شريك غائب قد حضر

١٢١١٧ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا حضر الغائب كان لشريكه أن يرجع عليه بما يدعيه [(١)] .

١٢١١٨ - وقال الشافعي : هو متبرع [(٢)] .

١٢١١٩ - وهذه مبنية على : أنه لا يتوصل إلى قبض نصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، وقد أذن له شريكه حين دخل معه في العقد فيما يتوصل به إلى تكميل حقوقه ، فكأنه أذن له في دفع الثمن الذي لا يتوصل إلى حقه إلا به .

١٢١٢٠ - ولأن الثمن واحد ، فكان لمن [(٣)] قضاه من المشتريَيْنْ مع غيبة الآخر الرجوع ، كالوكيلين إذا اشتريا لواحد .

١٢١٢١ - احتجوا : بأنه قضى حق دين غيره بغير أمره ، فلم يكن له الرجوع عليه ، كسائر الديون .

١٢١٢٢ - قلنا : لم يأمره بالنطق ، وقد أذن له من طريق الحكم على ما بينا ، والإذن من طريق الحكم [(٤)] كالإذن مطلقًا ، بدلالة : أنه إذا قال : تكفل عني فلم يأذن في الأداء مطلقًا .

١٢١٢٣ - ولأنه أذن فيه حكما فيرجع [(٥)] بما أدى عنه .

* * *

(١) راجع : بدائع الصنائع (٢٠٥/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، والعناية (١٢٧/٧ ، ١٢٨) .

(٢) وبقول الشافعي قال أبو يوسف : إن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره تبرعًا ، فلا يرجع ، وبهذا قال الحنابلة ، والمالكية في رواية ابن القاسم . راجع المراجع السابقة في مسألة رقم (٦٢١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كمن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [والإذن حكم] ، مكان : [والإذن من طريق الحكم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يرجع] ، بدون الفاء .



حكم الخيار بالخيانة في رأس مال المرابحة

١٢١٢٤ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا خانه في رأس مال المرابحة [1] ، فالمشتري بالخيار ، إن [2] شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك [3] .

١٢١٢٥ - وقال الشافعي في أحد قوليه : مثله ، وفي القول الثاني : يحط الخيانة وحصتها من الربح ، ويلزم ذلك البائع .

١٢١٢٦ - فإن حط البائع فهل يلزم المشتري ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يلزمه ، والثاني [4] يلزمه ، وهو الصحيح [5] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أرش] ، مكان : [رأس] ، وهو خطأ . والمرابحة لغةً : مفاعلة من الربح ، والربح : النماء في التجر . وشرعًا : بيع السلعة بالثمن الذي اشتراه وزيادة ، يقال : بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم ، وكذلك اشتريته مرابحة . قال القدوري في « متنه » : « المرابحة : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح » . وتختلف المرابحة الفقهية في المعنى عن المرابحة المصرفية التي طورتها المصارف الإسلامية الحديثة . راجع في المرابحة الفقهية : متن القدوري « باب المرابحة والتولية » ص٣٧ ، تحفة الفقهاء (١٠٥/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٥) ، ملتقى الأبحر ص٩٧ ، حاشية ابن عابدين (١٥٩/٤ ، ١٦٠) ، المغني (١٩٩/٤) ، لسان العرب ، مادة « ربح » (١٥٥٣/٣) ، أنيس الفقهاء « باب البيع الفاسد » (٢١١) .

(٢) في (ع) : [إذا] ، مكان : [إن] .

(٣) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء : « ولو اشترى شيئًا بعشرة دراهم ، فقال لرجل آخر : اشتريت هذا باثنى عشر وأبيعك مرابحة بربح درهم ، ثم ظهر أن الثمن الأول كان عشرة ، إما بإقرار البائع أو بالبينة ، قال أبو حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما : لا يحط قدر الخيانة من الثمن ، ولكن يخير المشتري : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء رضي به بجميع الثمن . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها ص ٨٢ ، روضة القضاة « باب من الخيار في المرابحة » (٣٩٤/١ ، ٣٩٥) ، المسألة (٢٠٤٥) ، تحفة الفقهاء « باب الإقالة والمرابحة » (١٠٩/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل : « وأما حكم الخيانة » (٢٢٦/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب المرابحة والتولية » (٥٠٠/٦ ، ٥٠١) ، البناية مع الهداية « باب المرابحة والتولية (٣٠٦/٧-٣٠٨) ، مجمع الأنهر « باب المرابحة والتولية » (٧٠/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب المرابحة والتولية » (١٦٣/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [والآخر] ، مكان : [والثاني] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب المرابحة والتولية » (٩٣/٣) ، مختصر المزني « باب البيع مرابحة » ص٨٤ ، المهذب مع تكملة المجموع « باب بيع المرابحة » (٩/١٣) وما بعدها ، حلية العلماء « باب بيع المرابحة » (٢٩٨/٤ - ٣٠١) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (١٣/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب التولية » (١١٦/٤) ، المدونة « كتاب المرابحة » ، « فيمن باع سلعة فزاد في ثمنها أو نقص » (٢٥٠/٢) ، الكافي لابن =

١٢١٢٧ – لنا : أن البائع رضي بجملة الثمن ، وبقيتها [1] على ذلك لا يخرج العقد عن موضوعه ، فلم يجز إلزامه العقد بأقل من ذلك ، كما لو وجد بالمبيع عيبًا والرد ممكن فلم يكن [2] له حط الأرش .

١٢١٢٨ – ولأنها خيانة لا تخرج [3] العقد عن موضوعه ولا يخلطها [4] شيء من الثمن ، كما لو ابتاع بثمن مؤجل فأخبره أنه اشتراه بثمن [5] حال .

١٢١٢٩ – قالوا : الأجل لا يوجب حط شيء من التولية ، كذلك المرابحة .

١٢١٣٠ – قلنا : لأن تبقية الأجل وإسقاطه لا يخرج العقد عن موضوعه ؛ لأنه يكون تولية .

١٢١٣١ – ولا يلزم إذا خانه في التولية ؛ لأن تبقية الخيانة تؤدي [6] إلى إخراج العقد عن موضوعه ويجعله عقد مرابحة .

١٢١٣٢ – ولأن ما اشتراه مرابحة بثمن لم يجز أن يسلم له جميعه ببعض الثمن ، كما لو اشتراه بالسود فزعم أنه اشتراه بالبيض ، أو بالمؤجل فزعم أنه اشتراه بثمن حالٍّ .

١٢١٣٣ – احتجوا : بأنه باعه [7] برأس ماله وزيادة درهم من العشرة ؛ فلم يلزمه أكثر من ذلك .

١٢١٣٤ – قلنا : [8] بل باع بالجملة وزعم أنها رأس ماله وزيادة [9] ؛ فصار كما لو باعه بجملة ماله وزعم أنه رأس المال .

= عبد البر (٧٠٥/٢) ، المنتقى (٥١/٥ ، ٥٢) ، المقدمات الممهدات (١٢٩/٢) ، شرح الزرقاني (١٨١/٥) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٤٥/١ ، ٣٥٦) ، المغني (١٩٨/٤- ٢٠٠) ، الكافي لابن قدامة (٩٧/٢ ، ٩٨) .

(١) في (ص) : [وسعها] ، بدون نقط .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يكن] ، بدون نقط .

(٣) في (م) ، (ع) : [جناية لا يخرج] ، مكان المثبت .

(٤) في (ع) : [يخاطها] ، مكان : [يخلطها] .

(٥) لفظ : [بثمن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه ببقية الجناية يؤدي] ، مكان المثبت .

(٧) في (ع) : [باع] بدون الضمير .

(٨) في (ع) : [بأكثر] ولفظ : [قلنا] ساقط منها .

(٩) لفظ : [زيادة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٢١٣٥ - قالوا : لما رضي بمقدار من الربح فقد أسقط ما سواه ، فصار كبيع التولية الذي رضي برأس المال وأسقط ما سواه .

١٢١٣٦ - قلنا : هناك عقد نوعًا من المبيع ، فلو لم تسقط [1] الزيادة جعلناه عقد مرابحة ، وهما دخلا في عقد تولية ؛ فوجب إسقاط الزيادة حتى لا ينتقل العقد عما قصداه .

١٢١٣٧ - قالوا : نقل ملك يعتبر فيه الثمن الذي اشتراه به ، فإذا كان بزيادة وجب حطها ، أصله : بيع التولية [2] ، ونقل الملك بالشفعة .

١٢١٣٨ - قلنا : لا نسلم أنه يعتبر فيه الثمن الذي اشتراه به ، بدلالة : أنه لو قال : أبيعك بمثل ما اشتريت ، وهو كذا مرابحة لم يجز البيع حتى يسمى الربح ، فدل أن الثمن الأول غير معتبر ، فصار هذا الوجه ، كبيع المساومة [3] ، وليس كذلك التولية والشفعة [4] ؛ لأن الثمن الأول معتبر ، بدلالة : أن العقد لا يفتقر إلى تسمية شيء غيره .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يسقط] .

(٢) بيع التولية : هو بيع المشترى بثمنه بلا فضل . وقال السمرقندي « هو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان » ، وقال ابن منظور : « والتولية في البيع : أن تشتري سلعة بثمن معلوم ثم توليها رجلًا آخر بذلك الثمن ، وتكون التولية مصدرًا » ، وقال القدوري في متنه « والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح ، ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل » . راجع : المتن للقدوري الباب السابق ص ٣٧ ، تحفة الفقهاء : « باب الإقالة والمرابحة » (١٠٥/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٥) ، لسان العرب ، مادة : « ولى » (٤٩٢٥/٦) ، التعريفات للجرجاني « باب التاء » ص ٧١ .

(٣) في (م) ، (ع) : [من هذا الوجه] ، بزيادة : [من] . والمساومة : المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها . راجع المسألة في : لسان العرب ، مادة « سوم » (٢١٧٥/٣) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (١٠٥/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٤/٥) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن ... » ص ٢٦٧ ، أنيس الفقهاء « باب البيع الفاسد » ص ٢١٠ .

(٤) الشفعة : هي تمليك البقعة جبرًا بما قام على المشتري بالشركة والجوار . راجع : التعريفات « باب الشين » ص ١٢٧ ، لسان العرب ، مادة : « شفع » (٢٢٨٩/٤ ، ٢٢٩٠) .



حكم لحوق العقد الحط من الثمن

١٢١٣٩ - قال أصحابنا : إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن ، لحق الحط بالعقد ، فصار كأنه وجد حال العقد [(١)] ، فإذا أراد المشتري بيعه مرابحة باعه بما بقي [(٢)] .

١٢١٤٠ - وقال الشافعي : الحط بعد لزوم العقد لا يلحق بالعقد ويكون [(٣)] هبة مبتدأة ، وإن كان قبل لزوم العقد ، مثل أن يوجد في المجلس ، أو في مدة الخيار ، فإنه يلحق [(٤)] .

١٢١٤١ - لنا : أنه حط لازم فلحق العقد ، كما لو كان في مدة الخيار .

ولأنهما يملكان الفسخ ، فحطهما يلحق بالعقد ، كخيار المجلس [(٥)] .

١٤٢/ب ١٢١٤٢ - ولا يلزم حط جميع الثمن ؛ لأنه ليس بحط ، وإنما هو إسقاط ؛ / ألا ترى : أن الحط ترك بعض الجملة .

١٢١٤٣ - ولأنهما دخلا في الحط ليسقط [(٦)] من جملة الثمن ، ويكون ثمن [(٧)] المبيع ما بقي مما أمكن إن لم يمضه على ما قصداه ، فلم يجز أن يحمل على غيره .

١٢١٤٤ - ولا يلزم إسقاط جميع الثمن ؛ لأنه لا يمكن إمضاؤه على ما قصداه ؛

---

(١) في (م) ، (ع) : [العقد] ، بدون : [الباء] .

(٢) قال زفر : يبيعه بالثمن الذي اشتراه من غير حطيطة . راجع المسألة في : روضة القضاء « كتاب البيوع » (٣٩٥/١) ، المسألة (٢٠٤٩) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع فصل : وأما الشرائط « فصل : وأما بيان رأس المال » (٢١٦/٥ ، ٢٢٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٥١٩/٧-٥٢١) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٧٥/٢ ، ٧٦) ، الدر المختار مع رد المحتار ، الباب السابق (١٧٥/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [إلا بالعقد يكون] ، بزيادة : [إلا] وبدون الواو .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع ، الباب السابق (١٣ ، ٥) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٣/٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٠/٩) . قال مالك ، مثل قول الحنفية : يلحق الحط بالعقد . راجع المسألة في : بداية المجتهد ، « الفصل الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها » (٢٠٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [كحال المجلس] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يسقط] ، بدون اللام .

(٧) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [ثمن] .

لأنه يؤدي إلى الفساد ولم يقصدا الفساد .

١٢١٤٥ - وكذلك لو حمل على هبة [١] مبتدأة .

١٢١٤٦ - وإذا ثبت أن الحط يلحق بالعقد ، فكأنه اشتراه بما بقي فيبيعه مرابحة على ذلك .

١٢١٤٧ - ولأنه حط بعض الثمن فوجب أن يحط في المرابحة ، فإنه يحط إذا وجد لعدم لزوم العقد [٢] ، كمالو قطعت يدها وأخذ الأرش .

١٢١٤٨ - احتجوا : بأنه حط بعد لزوم العقد ، فوجب أن لا يلحق كما لو حط كل الثمن .

١٢١٤٩ - قلنا : المعنى فيه : أنه لو لحق حط جميع الثمن أفسد العقد ، ولم يقصدا الفسخ ، فلم يجز أن يلزمهما ما لم يقصداه ، وحط بعض الثمن لا يفسد العقد ، فأمكن تبقيته [٣] على الوجه الذي قصداه ، فوجب أن نبقيه [٤] على ذلك .

١٢١٥٠ - ولأن حط جميع الثمن لو حصل قبل لزوم العقد [٥] لم يثبت في حق المرابحة ، كذلك بعد لزومه . وأما حط البعض فلو حصل قبل لزوم العقد اعتبر في حكم المرابحة ، كذلك بعد اللزوم .

* * *

---

(١) في (ص) : [ولذلك] ، مكان : [وكذلك] ، وفي (ع) : [هيئة] ، مكان : [هبة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لزوم العقد فوجب أن لا يلحق] ، بزيادة : [فوجب إلخ] .

(٣) قوله : [لا يفسد العقد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [يبقيه] ، مكان : [تبقيته] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يبقيه] .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .



الحكم فيما إذا باع عينًا بثمن فلم يقبضه حتى اشتراها بثمن أقل

١٢١٥١ - قال أصحابنا : إذا باع عينًا بثمن فلم يقبضه حتى اشترى تلك العين بأقل منه ، لم يصح البيع الثاني .

فإن اشتراه بمثل الثمن الأول أو أكثر ؛ جاز (١) .

١٢١٥٢ - وهذا قول عائشة ، وابن عباس ، ومجاهد ، وعلقمة ، والشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن المسيب ، وأبي بكر بن حزم ، وشريح ، والقاسم ، وسالم ، وسليمان بن يسار .

١٢١٥٣ - وقال الحسن ، وابن سيرين : لا يجوز الشراء بأقل قبل حلول الأجل .

١٢١٥٤ - وقال الثوري ، ومالك ، والحسن بن جبير : مثل قولنا (٢) .

١٢١٥٥ - وقال الشافعي : يجوز أن يشتريه كيف شاء (٣) .

---

(١) قال محمد في كتاب الحجة : « قال أبو حنيفة ﷺ : من اشترى سلعة بنقد أو بنسيئة فقبضها ولم ينقد الثمن حتى باعها من الذي اشتراها منه بأقل من الثمن فلا خير فيه ، فإن اشتراها بمثل ذلك الثمن إلى ذلك الأجل أو أقل من ذلك الأجل نسيئة فلا بأس به » . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٢ ، أحكام القرآن للجصاص (٤٦٦/١) ، روضة القضاة (٣٩٥/١) مسألة (٢٠٥٠) ، بدائع الصنائع (١٩٨/٥-١٩٩) ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية (٤٣٢/٦ - ٤٣٥) ، البناية مع الهداية (٢٢٩/٧-٢٣١) .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة في « باب المصراة وغير ذلك » ، في « من باع سلعة بنسيئة » (١٩٣/٣ ، ١٩٤) ، وراجع مصنف عبد الرزاق في « باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد » (١٨٧/٨ ، ١٨٨) ، الأثر (١٤٨٢٣-١٤٨٢٥) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الآجال » (٧٨/٣ ، ٧٩) ، مختصر المزني « كتاب البيع » : « باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل من الثمن ص ٨٥ ، حلية العلماء « باب بيع المرابحة » (٢٨٧/٤ ، ٢٨٨) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب بيع المرابحة » (٣/١٣ ، ٤) ، المهذب ، نفس الباب (٢٨٨/٢) ، المدونة ، « كتاب الآجال » (١٨٢/٣) ، الرسالة الفقهية ، « باب في البيوع وما شاكل البيوع » ص ٢١٧ ، البناية مع الهداية ، « باب في بيوع الذرائع الربوية » (٢٢١/٧-٢٢٥) ، المقدمات الممهدات ، « كتاب بيوع الآجال » (٥٣/٢- ٥٥) ، وفي ذيل المدونة (١٩٧/٣ ، ١٩٨) ، التفريع لابن الجلاب ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الآجال والعينة » ، « فصل : بيع الآجال (١٦٣/٢) ، الجامع لأحكام القرآن للجصاص ، =

١٢١٥٦ - لنا : ما روي جرير بن حازم [(١)] ، وزهير بن معاوية [(٢)] « عن أبي إسحاق الهمداني عن امرأته -أم يونس- أنها حجت فدخلت على عائشة مع أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري ، فقالت لها أم محبة : يا أم المؤمنين أتعرفين زيد بن أرقم ، قالت : نعم ، قالت وإني بعته عبدًا إلي العطاء [(٣)] بثمانمائة درهم ، فاحتاج إلى ثمنه [(٤)] فاشتريته [منه] قبل محل الأجل [(٥)] بستمائة درهم ، فقالت : « بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أبلغي زيدًا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب ، قالت : فقلت [(٦)] : أرأيت إن تركت [المائتين] [(٧)] وأخذت الستمائة ؟ قالت : نعم ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ

= سورة البقرة (٣٦١/٣) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الحادي عشر في بيوع الآجال » ص٢٧٥ ، ٢٧٦ ، الإفصاح « باب صورة بيع العينة » (٣٥٩/١) ، المغني ، في الباب السابق (١٩٣/٤ ، ١٩٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [حرير بن هازم] ، وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه . وهو جرير بن حازم بن زيد ابن عبد الله ، أبو النصر الأزدي البصري ، ثقة . قال البستي في مشاهير علماء الأمصار : « كان مولده سنة ثمان وثمانين ، وكان من الحفاظ المتقنين وأهل الورع في الدين مات سنة سبعين ومائة » ، وقال ابن عدي : « وهو مستقيم الحديث ، صالح فيه ، إلا في روايته عن قتادة فإنه يروي أشياء عن قتادة لا يرويها غيره » . راجع ترجمته في : تاريخ عثمان الدارمي ص٨٨ ، الترجمة (٢٢٠) ، تاريخ الثقات ص ٩٦ ، الترجمة (٢٠٤) ، الجرح والتعديل (٥٠٤/٢ ، ٥٠٥) ، الترجمة (٢٠٧٩) ، مشاهير علماء الأمصار ص ٢٥٠ ، الترجمة (١٢٥٥) ، الكامل (١٢٤/٢- ١٣٠) ، الترجمة (٣٣٣/٨) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم ، (٩٥/١) الترجمة (١٧١) ، تقريب التهذيب (١٢٧/١) ، الترجمة (٥١) .

(٢) زهير بن معاوية بن خديج بن الرحيل ، أبو خيثمة الجعفي ، ثقة ثبت ، روي عن أبي إسحاق الهمداني ، وأبي الزبير ، « قال العجلي : « ثقة ثبت ، مأمون ، صاحب سنة واتباع ، وكان يحدث من كتابه وكان راوية عن أبي إسحاق السبيعي ، ويقول : إنه إنما سمع منه بآخرة ، وقال البستي : « مولده بالكوفة ، مات سنة أربع وسبعين ومائة ، وكان حافظًا متقنًا . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص ١٦٦ ، الترجمة (٤٦٥) ، الجرح والتعديل (٥٨٨/٣ ، ٥٨٩) الترجمة (٢٦٧٤) ، مشاهير علماء الأمصار ، في « ذكر مشاهير التابعين بالشام ص ١٩٤ ، الترجمة (١٤٨٢) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم ص ١٤٣ ، الترجمة (٣٣٥) ، تقريب التهذيب (٢٦٥/١) ، الترجمة (٨٢) .

(٣) في جميع النسخ : [يومئذ عبد له العطاء] ، مكان : [بعته جارية لي إلى عطائه] ، وما أثبتناه من كتب الحديث . في رواية مالك ، وابن حزم : [عبدًا إلى العطاء] ، مكان : [جارية لي إلى عطائه] .

(٤) قوله : [فاحتاج إلى ثمنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [محل آخر] وفي (ص) : [بحل آخر] ، والمثبت والزيادة من المدونة ، والمحلى بالآثار .

(٦) لفظ : [فقلت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ص) ، (م) : [إن تركتك] ، وفي (ع) : [أرأيتك إن تركه] ، والمثبت والزيادة من المدونة .

مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ ﴾ (١) .

١٢١٥٧ – وجه الدلالة من (٢) هذا الخبر : أن الصحابي إذا قال ما لا يدل عليه (٣) القياس حمل على التوقيف .

١٢١٥٨ – ولأن ما ذكروه مقدار من العقوبة ، ومقادير العقوبات إنما تعلم (٤) توقيفًا ، فكأنها روت عن النبي ﷺ ما ذكرت .

١٢١٥٩ – فإن قيل : أم يونس مجهولة (٥) .

١٢١٦٠ – قلنا : هذه امرأة معروفة ، وهي العالية بنت أيفع (٦) ، زوجها إمام من

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٧٥ .

(٢) في (ع) : [في] ، مكان : [من] .

(٣) في (ص) : [على] ، مكان : [عليه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يعلم] .

(٥) قال الدارقطني في المصدر السابق بعد أن أخرج الحديث : « أم محبة والعالية مجهولتان ، لا يحتج بهما » ، وحذا حذوه ابن حزم ، في المصدر السابق (٣٦٩/٧) . وأم محبة : هي امرأة أبي السفر ، وأم ولد لزيد بن أرقم . والعالية هي ابنة أيفع بن شراحيل ، زوجة أبي إسحاق الهمداني السبيعي الكوفي ، قال ابن سعد في الطبقات الكبرى : « العالية بنت أيفع بن شراحيل ، امرأة أبي إسحاق السبيعي ، دخلت على عائشة وسألتها وسمعت منها » ، وقال : « أخبرنا يحيى بن عباد ، حدثنا يونس بن أبي إسحاق ، عن أمه – العالية بنت أيفع ابن شراحيل– أنها حجت مع أم محبة فدخلتا على عائشة رضي الله عنها فسلمتا عليها ، وسألتاها ، وسمعتا منها ، قالت : ورأيت على عائشة درعا موردا وخمارا جيشانيا » . وقال عن أم محبة – امرأة أبي السفر – : « روت عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها ، وقال بعد أن روى حديثا من طريق أبي السفر عن امرأته ، عن عائشة رضي الله عنها : « أم محبة سألت ابن عباس ، وسمعت منه ، وروي عنها أبو إسحاق السبيعي » . في « النساء » ، في « تسمية النساء اللواتي لم يروين عن رسول الله ﷺ وروين عن أزواجه وغيرهن » (٣٥٧/٨ ، ٣٥٨) .

(٦) قال سبط ابن الجوزي في إيثار الإنصاف : « العالية : امرأة معروفة جليلة القدر ، روى عنها أبو حنيفة ، وسفيان ، والحسن بن صالح ، ومجاهد ، والشعبي ، وفقهاء الكوفة » . وقال ابن التركماني : « العالية معروفة ، روى عنها زوجها وابنها ، وهما إمامان . وذكرهما ابن حبان في الثقات من التابعين ، وذهب إلى حديثهما هذا : الثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة وأصحابه ، ومالك ، وابن حنبل ، والحسن بن صالح ، وروي عن الشعبي والحكم وحماد ، فمنعوا ذلك ، كذا في الاستذكار » . راجع : إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص٣٠١ ، ٣٠٢ ، الجوهر النقي ، في ذيل السنن الكبرى (٣٣٠/٥ ، ٣٣١) ، نصب الراية (١٦/٤) ، وبسط السيد مهدي حسن الكيلاني في الرد على الدارقطني وابن حزم ، مستندًا بأقوال العلماء في ذلك ، في تعليقه لكتاب الحجة ، في الباب السابق (٧٤٧/٢ – ٧٥٣) .

أئمة المسلمين ، وهو أبو إسحاق السبيعي [١] ، وابنها يونس [٢] ممن قبلت روايته ، وروي عن أبي بردة ، عن أبي موسى ، ومجاهد ، والسبيعي .

١٢١٦١ - وابنا ابنها : إسرائيل [٣] بن يونس ، ومنزلته معروفة ، فروى عن جده ، عن غيره ، والآخر : عيسى بن يونس [٤] ، وهو حجة في الرواية ، وقد كان ابن عيينة يعظمه ، وإذا رآه قال : مرحبًا بالفقيه ابن الفقيه [٥] .

١٢١٦٢ - ثم قد روى هذا الخبر عنها : زوجها أبو إسحاق وابنها [٦] يونس ، وعمل به أئمة بلدها [٧] : أبو حنيفة ، وأصحابه ، وسفيان الثوري ، والحسن بن صالح ، مع

---

(١) أبو اسحاق : هو عمرو بن عبد الله بن أبي شعيرة الهمداني ، أبو إسحاق السبيعي الكوفي ، تابعي ، ثقة . قال الذهبي : « من أئمة التابعين بالكوفة وأثباتهم ، إلا أنه شاخ ونسي ، روى عن علي بن أبي طالب ، وابن عمر ، وابن عباس ، وغيرهم من الصحابة ﷺ » . قال العجلي : « وروى أبو إسحاق السبيعي عن ثمانية وثلاثين من أصحاب النبي ﷺ » ، مات سنة سبع وعشرين ومائة وقيل : تسع وعشرين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٣٦٦ ، الترجمة (١٢٧٢) ، الجرح والتعديل (٢٤٢/٦ ، ٢٤٣) ، الترجمة (١٣٤٧) ، مشاهير علماء الأمصار ص١٨٨ ، الترجمة (٨٤٧) ، ميزان الاعتدال (٢٧٠/٣) ، الترجمة (٦٣٩٣) ، تقريب التهذيب (٧٣/٢) ، الترجمة (٦٢٣) .

(٢) يونس بن أبي إسحاق ، أبو إسرائيل الكوفي ، ثقة ، وثقه يحيى بن معين وغيره ، وقال أبو حاتم : صدوق لا يحتج بحديثه ، وقال الذهبي : صدوق ما به بأس ، مات سنة تسع وخمسين ومائة ، وهو في التسعين إن لم يكن تجاوزها . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٤٨٦ ، الترجمة (١٨٨٠) ، الجرح والتعديل (٢٤٣/٩ ، ٢٤٤) ، الترجمة (١٠٢٤) ، مشاهير علماء الأمصار ص٢٦٥ ، الترجمة (١٣٣٥) ، ميزان الاعتدال (٤٨٢/٤ ، ٤٨٣) ، الترجمة (٩٩١٤) ، تقريب التهذيب (٣٨٤/٢) ، الترجمة (٤٧١) .

(٣) وإسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق ، أبو يوسف الكوفي ، ثقة ، وثقه يحيى بن معين ، قال أحمد بن حنبل : إسرائيل كان ثقة ، وقال أبو حاتم : ثقة ، متقن ، من أتقن أصحاب أبي إسحاق ، وقال ابن حجر : ثقة ، تُكلم فيه بلا حجة ، مات سنة ستين ومائة . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٦٣ ، الترجمة (٧٧) ، الجرح والتعديل (٣٣٠/٢ ، ٣٣١) ، الترجمة (١٢٥٨) ، مشاهير علماء الأمصار ص٢٦٧ ، الترجمة (١٣٤٣) ، تقريب التهذيب (٦٤/١) ، الترجمة (٤٦٠) .

(٤) وعيسى بن يونس بن أبي إسحاق ، أبو عمرو الكوفي ، سكن الشام ، ثقة ثبت ، قال ابن المديني : ثقة مأمون ، وقال أبو زرعة : حافظ ، وقال أحمد بن حنبل : مثل عيسى بن يونس لا يسأل عنه ، مات سنة تسع وثمانين ومائة . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٣٨٠ ، الجرح والتعديل ٢٩١/٦ ، ٢٩٢ ت (١٦١٨) ، مشاهير علماء الامصار ص٢٩٥ ت (١٤٨٧) ، ميزان الاعتدال (٣٢٨/٤) ت (٦٦٢٩) ، تقريب التهذيب (١٠٣/٢) ، ت (٩٣٣) .

(٥) قوله : [ابن الفقيه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [وإنها] ، مكان : [وابنها] . (٧) في (ع) : [بلادها] .

علمهم بأهل بلدهم وأحوالهم ، وهذا تعديل لها وقبول لروايتها [١] .

١٢١٦٣ - وقد قبل أهل المدينة حديث حميدة [٢] بنت عبيد بن رفاعة ، عن جدتها أسماء [قالت] : « إنا نحرنا [٣] فرسًا على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه [٤] » .

وكل واحدة من هاتين غير معروفة بنقل الحديث وليس لهما حظ هاتين من الشهرة .

١٢١٦٤ - فإن قيل : لا يخلو [٥] أن زيد بن أرقم علم هذا التوقيف أو لم يعلم ، ولا يجوز أنه يعلمه ويقدم على النهي [٦] ، وإذا كان لا يعلمه لم يجز أن يبطل خياره ، فكيف يصح هذا الخبر [٧] ؟ .

١٢١٦٥ - قلنا : قولها : « أبلغي زيد بن أرقم أن الله أبطل جهاده إن لم يتب » بعد هذا التسامع ، فكأنها أقامت الحجة عليه في الذي نبهت إليه ، وهو إبطال الجهاد [٨] بترك التوبة بعد العلم .

١٢١٦٦ - فإن قيل : زيد بن أرقم مخالف لعائشة [٩] ، وكذلك ابن عمر [١٠] .

١٢١٦٧ - قلنا : لم نحتج بقولها ، وإنما احتججنا [١١] بما دل على قولها من

---

(١) قال الذهبي : « وما علمت في النساء من اتهمت ولا من تركوها » ، انظر : ميزان الاعتدال « فصل في النسوة المجهولات » (٦٠٤/٤) .

(٢) في (ع) : [محميدة] وهي : حميدة بنت عبيد بن رفاعة الأنصارية المدنية ، زوجة إسحاق بن أبي طلحة مقبولة ، هكذا في تقريب التهذيب في « باب في النساء » (٥٩٥/٢) . الترجمة (١٤) .

(٣) في (ص) : [انتحرنا] ، والزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٤) لم نقف على هذا الحديث من طريق حميدة بنت عبيد . راجع تخريج متنه في : تلخيص الحبير « كتاب الأطعمة » (١٥٠/٤) ، الحديث (١٩٩١) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣١٢/٦ ، ٣١٣) ، الحديث (١١٩٢) ، والمنتقى من أحاديث الأحكام ص ٧٥٤ ، الحديث (٤٥٦٠ ، ٤٥٦١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يخلو] ، مكان : [لا يخلو] .

(٦) في هامش (ص) : [نظير] ، مكان : [يجوز] من نسخة أخرى ، وفي (م) ، (ع) : [ولا نظير له بعلمه ويقدم على النهي] ، مكان المثبت .

(٧) في (ص) ، (م) : [هذه الخبرة] .

(٨) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : « هذا » ، مكان : « جهاد » .

(٩) في (م) ، (ع) : [يخالف لفسانه] ، بدون نقط والثاني .

(١٠) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٨٦/٨ ، ١٨٧) ، الآثار (١٤٨١٨-١٤٨٢٠ ، ١٤٨٢٢) ، وأخرج البيهقي رواية ابن عمر وابن سيرين (٣٣١/٥) .

(١١) في (م) : [لم يحتج] ، مكان : [لم نحتج] ، وفي (م) ، (ع) : [احتجحت] .

التوقيف [١] .

١٢١٦٨ - فإن قيل : لو كان عندها في ذلك أمر لروته في [٢] طول عمرها ، كما روت غيره مما سمعته من رسول الله ﷺ .

١٢١٦٩ - قالوا : وقد كانوا [٣] يروون عنه الحوادث ، وهذا القول رواية منها ؛ لأن إبطال الجهاد أمر لا يعلمه إلا النبي ﷺ ، كأنها [٤] قالت : قال النبي ﷺ : من عقد هذا العقد يبطل جهاده .

١٢١٧٠ - فإن قيل : قد كانوا يذكرون مثل هذا في مسائل الاجتهاد تعظيمًا ، كما قال ابن عباس في الجد » : ألا يتقي الله [٥] زيد بن ثابت » ، وقال في العول [٦] : « من شاء باهلته أن الله لم يجعل في المال نصفًا ونصفًا وثلثًا » [٧]

١٢١٧١ - وقال عليٌّ : « من سره أن يتقحم جراثيم [٨] جهنم فليقض بين الجد والإخوة [٩] » .

١٢١٧٢ - قلنا : هذا لا يشبه ما ذكرنا ؛ لأن ابن عباس [قال] : « ألا يتقي الله » لبشر بن عبد [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [التوقف] .

(٢) في (م) : [نظرة] ، وفي (ع) : [نظيرة] ، مكان : [نظر] ، ولفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [قد كانوا] ، بدون العطف . (٤) قوله : [كأنها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ص) : [ألا ينقر] بدون نقط : وفي (م) : [في الحد الأسفر] ، وفي (ع) : [في الحدق ألا يتقي] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ص) : [العدل] ، وفي (م) ، (ع) : [العزل] ، مكان : [العول] .

(٧) لم نقف على هذا الأثر بهذا اللفظ ، وقد ذكره الجصاص في أحكام القرآن بلفظ قريب ، سورة النساء « باب العول » (٩١/٢) ، وأخرجه سعيد بن منصور في كتاب السنن « باب العول » بمعناه (٦١/١) ، الأثر (٣٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الفرائض » ، « باب العول في الفرائض » (٢٥٣/٦)

(٨) في جميع النسخ : [أن يقتحم] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٩) هذا الأثر رواه عبد الرزاق في المصنف : ، كتاب الفرائض « باب فرض الجد » (٢٦٢/١٠ ، ٢٦٣) ، الأثر (١٩٠٤٨) ، وسعيد بن منصور في كتاب السنن « باب قول عمر في الجد » (٦٦/١) ، والدارمي في السنن « كتاب الفرائض » « باب الجد » (٣٥٢/٢) ، والبيهقي في الكبري ، « كتاب الفرائض » « باب الجد مع الإخوة وللأب والأم ... » (٢٤٥/٦ ، ٢٤٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الفرائض » ، في اختلافهم في أمر الجد » (٣٦٣/٧) الأثر (٤ ، ٨) .

(١٠) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق ، وفي (ص) : [سر] بدون نقط ، وفي غيرها : [بَشر] طبقا لما أثبتناه ، ولم نقف على هذا الأثر بعد .

١٢١٧٣ - وإنما [1] معناه : ألا يتقي اللّٰه ويبالغ في النظر والاجتهاد ، ولا يترك هذا الطريق الظاهر من أن أبا الأب ، كابن الابن .

١٢١٧٤ - وقول ابن عباس صحيح ، فإن اللّٰه تعالى لم يجعل في مال واحد ، نصفًا ونصفًا وثلثًا ، وإنا أثبتنا [2] المضاربة فيه بهذه السهام ، فموضع المباهلة ليس هو موضع الاجتهاد ، وإلا أنكر على من قال : إن القول منصوص عليه .

وقول عليٍّ ﷺ : محمول على من حكم [3] بين الجد والإخوة بغير علم ، بدلالة : أنه حكم بينهما مع هذا القول ، لا يجوز أنه [4] نظر به ، أنه فعل ما ذكر [5] .

١٢١٧٥ - فإن قيل : عائشة ﵂ أنكرت [6] العَقْدَيْن فقالت : « بئس ما شريت ، وبئس ما اشتريت » .

١٢١٧٦ - قلنا : بل أنكرت الثاني : لأن شريت واشتريت بمعنى واحد ، وقد تكرر [7] العرب المعنى الواحد بلفظين تأكيدًا ، وتعطف [8] أحدهما على الآخر .

١٢١٧٧ - ولأن الثاني غير الأول في اللفظ وإن كان إياه في المعنى ؛ قال اللّٰه تعالى : ﴿ إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُۥ وَقُرْءَانَهُۥ ﴾ [9] ، والقرآن هو الجمع .

وأنشد .

فَقَدَّدَتِ الأَدِيمَ [لِراهِشَيهِ] وأَلْفَى قَولَها كَذِبًا وَمَينًا [10]

١٢١٧٨ - والدليل على ذلك من الخبر : أنها قالت : « أرأيت [11] إن تركته -

---

(١) لفظ : [وإنما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [وإنا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي جميع النسخ : [أثبت] تصويبه إما : [نثبت] ، أو [أثبتنا] ، وهذا مقتضى السياق .

(٣) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [وهو قول محموله] ، مكان : [وقول على محمول على من حكم] .

(٤) في (ع) : [بهذا] ، مكان : [مع هذا] ، [وإن] ، مكان : [أنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنكر] ، مكان : [ذكر] .

(٦) في (ص) : [أنكر] .

(٧) في (م) : [نكرت] ، وفي (ع) : [ذكرت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أو] بعطف .

(٩) سورة القيامة : الآية ١٧ ، ١٨ .

(١٠) نسب في اللسان إلى عدى بن زيد مادة (مين) (٤٣١١/٦) وفي الأصل : [شين] بدون إعجام بدلًا من لراهشيها والمثبت من اللسان .

(١١) في (ع) : [أرأيته] .

يعني : العبد- وأخذت الستمائة » ، فتلت الآية ؛ فلو كان الإنكار [١] على العقدين لم يجز أن تمتنع ؛ لأن [٢] الأول إذا صار سببًا للثاني استويا في اللفظ ، كقوله تعالى : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ [٣] .

١٢١٧٩ - فإن قيل : إنما أنكرت عائشة العقدين ؛ لأن الأول كان إلى العطاء ، وهو بيع فاسد ، والثاني أيضًا [٤] .

١٢١٨٠ - قلنا : البيع إلى العطاء جوزه على بن أبي طالب ، وعائشة ، وابن عمر ﭫ ، فكيف يطل به الجهاد ؟ وكيف يصح ذلك ، وقد جوزت تبقية العقد الأول لما سألتها [٥] عن رد العبد وأخذ الستمائة ؟ .

١٢١٨١ - قلنا : لأنه لو كان [٦] الأمر كما قالوا كان البيع الثاني فسخًا للأول ، ولم يجز بنفسه .

١٢١٨٢ - ويدل عليه : ما روي عن ابن عباس ، أنه سئل عمن باع حريرة [٧] بمائة نَسَاءً ، ثم اشتراها بخمسين نقدًا ؟ [٨] ، فقال : المائة بخمسين ، والحريرة أدخلت بينهما الربا [٩] » .

والربا اسم شرعي لا يعلم إلا من جهة التوقيف ، فإذا قاله [١٠] الصحابي حمل على أنه رواه عن النبي ﷺ فإن البيع من الأعيان يستعمل على مبيع وثمن ، وإذا كان لعدم قبض المبيع تأثير في المنع من التصرف [١١] [فيه ، كذلك عدم قبض الثمن جاز أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [يعني الستمائة] ، بزيادة [يعني] ، وفي (م) ، (ع) : [قبل الآية] ، مكان : [فتلت الآية] ، وفي (ص) بدون نقط وفي (م) ، (ع) : [الإمكان] ، مكان : [الإنكار] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يمتنع] ، وفي (ص) : بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [لأن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) سورة الشورى : الآية ٤٠ .

(٤) في (م) ، (ع) : [أيضًا منا] ، بزيادة : [منا] .

(٥) في (م) : [بيقية] ، مكان : [تبقية] وفي (ص) ، (م) : [سألها] ، مكان : [سألتها] .

(٦) في (ص) : [ولأنه] ، بزيادة الواو ، وفي (م) ، (ع) : [ولو كان] ، بالعطف .

(٧) في (ع) : [حريزة] ، بالزاء المعجمة .

(٨) في (م) ، (ع) : [هذا] ، مكان : [نقدًا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [دخلت] ، مكان : [أدخلت] . لم نقف على هذا الأثر بهذا اللفظ بعد ، وقد ذكر ابن التركماني في التعقيب على البيهقي في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى (٥/٣٣١) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [قاله] .

(١١) في (ص) ، (م) : [التفرق] ، مكان : [التصرف] .

يكون له تأثير في المنع من التصرف] [1] في المبيع .

١٢١٨٣ - وتحريره : أنه أحد [2] العوضين في بيوع الأعيان ، فجاز أن يكون لعدم قبضه تأثير في منع التصرف في البيع . أصله : المبيع ، وإذا باع عينًا بعين .

١٢١٨٤ - ولا يلزم عند التسليم ؛ لأنا قلنا : بيع [3] الأعيان ، ولا يمكن القول بموجبه من التصرف ؛ لأنه من عقود الأثمان .

ولا يقال : بموجبه إذا باع عينًا بعين ؛ لأن كل واحد من العوضين مبيع .

١٢١٨٥ - وقولنا : « فكان لعدم قبضه تأثير في التصرف في المبيع » يقتضي : أن يكون أحد العوضين مبيعًا .

١٢١٨٦ - ولأنه اشترى ما باعه قبل نقد الثمن بأقل منه ؛ فلم يجز ، أصله : العقار .

١٢١٨٧ - ولأنه عقد إن [4] وقع على العقار قبل القبض [لم يصح ، فكذا إذا [5] وقع على العروض قبل القبض] [6] ، أصله : إذا باع بشرط فاسد .

١٢١٨٨ - ولأنه سبب يرجع به جميع ما تناوله العقد الأول إلى البائع قبل استيفاء أحكامه ، فلم يجز بأقل من الثمن الأول ، أصله : هلاك المبيع .

١٢١٨٩ - ولأنه عقد على ما تناوله البيع الأول عقدًا يقصد به المسامحة ، فيكره فيه الخطأ قبل قبض الثمن ، أصله : الإقالة [7] .

١٢١٩٠ - ولأن ما لم يقبض منه ؛ لم يجز بيعه من بائعه بأقل منه ، أصله : إذا ابتاع دراهم بدنانير ، وقبضها ولم يقبض الدنانير لم يجز بيع الدراهم منه بأقل .

---

(١) ما بين القوسين مكرر في (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [وتحرره أنه أخذ] ، وفي (ع) : [وتحريره أنه أخذ] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إنما قلنا مع] ، مكان : [لأنا قلنا بيع] .

(٤) لفظ : [إن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) قوله : [فكذا] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [فإذا] ، مكان : [إذا] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) الإقالة : مشتق من القيل ، فسخ البيع ورفعه ، وفي النهاية : أقال يُقيل إقالة : إذا فسخ البيع وعاد المبيع إلى مالكه والثمن إلى المشتري . راجع : تحفة الفقهاء « باب الإقالة والمرابحة » (٢/١١٠ ، ١١١) ، النهاية ، « باب القاف مع الباء » (٤/١٣٤) ، البناية مع الهداية « باب الإقالة (٧/٢٩١) ، المغني (٤/١٣٥ ، ١٣٦) .

١٢١٩١ – ولأنه إذا سلم المبيع فقد صار المبيع والثمن [1] من ضمان المشتري ، وإذا اشترى المبيع ببعض / الثمن الذي في الذمة فقد استفاد ربحا منها لم يضمنه ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن [2] ، ولهذا لو باعه بمثل الثمن جاز لأنه لم يستفد بالعقد ربحًا . ١٤٣/أ

١٢١٩٢ – ولا يلزم : إذا باعه المشتري فاشتراه البائع الأول من المبتاع الثاني ؛ لأنه يضمن الثمن بالعقد فيستفيد ربح ما ضمن .

١٢١٩٣ – ولأن الربح لم يحصل له ، الجواز أن يهلك ما في ذمة الأول .

١٢١٩٤ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [3] ، وقال عليه [الصلاة] والسلام : « وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » [4] .

١٢١٩٥ – والجواب : أن هذا يدل على جواز البيع في الجملة .

١٢١٩٦ – ونهيه عليه [الصلاة] والسلام عن ربح ما لم يضمن بيان لأحوال جواز البيع ، وكذلك خبر عائشة رضي الله عنها ، فيستعمل كل واحد منهما ، وهذا إلزام على أصلهم في قضاء الخاص [5] على العام .

١٢١٩٧ – قالوا : كل مبتاع [6] لو باع متاعه من غير بائعه بثمن صح ، فإذا باعه من بائعه [7] بذلك الثمن صح ، كما لو كان بعد القبض [8] .

١٢١٩٨ – قلنا : يبطل على أصلكم بالمسلم إذا اشترى من الكافر عبدًا مسلمًا ، أو مصحفًا يجوز بيعه من غير بائعه ، ولا يجوز بيعه من بائعه .

١٢١٩٩ – ولأن بعد [9] التقابض تبين فيه أحكام العقد للأول ، وقبل

---

(١) لفظ : [الثمن] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) تقدم تخريجه في مسألة (٥٩٩) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

(٤) أخرجه مسلم بلفظ : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد » ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا » (٦٩٢/١) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٤/٣) ، الحديث (٢٨) .

(٥) في (م) ، (ع) : [في القضا والخاص] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [كل واحد منهما مبتاع] ، مكان : [كل مبتاع] .

(٧) قوله : [فإذا باعه من بائعه] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [كما لو قال بعد التقابض] ، مكان المثبت ، قاعدة : « كل مبتاع لو باع متاعه من غير بائعه بثمن صح ، فإذا باعه من بائعه بذلك الثمن صح ، كما لو كان بعد القبض » .

(٩) لفظ : [بعد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

القبض[1] لم يستوف الأحكام ، وحكم الأمرين مختلف في باب التصرف ؛ الدليل عليه : قبض المبيع .

١٢٢٠٠ - قالوا : كل ما لو باعه بمثل ذلك الثمن قبل القبض صح . أصله : إذا كان بمثل الثمن .

١٢٢٠١ - قلنا : البيوع بمثل الثمن لا يقصد به الاستفضال ، [وبأقل يقصد به الاستفضال] [2] ، والفضل فيما لم يضمنه ، فيحرم [3] ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

١٢٢٠٢ - فإن جعلوا أصل العلة : إذا اشتراه بعوض ؛ فالمعنى فيه : أن العوض مضمون عليه ، ويحصل له [4] العوض فيما ضمنه ، وإذا اشترى بثمن صار قصاصًا بما في الذمة فيكون ربح ما لم يضمن .

١٢٢٠٣ - قالوا : كل واحد من العقدين [5] منفرد عن الآخر ، يحتاج إلى إيجاب وقبول وتراضٍ ؛ فوجب أن لا يُبْنى أحد العقدين على الآخر .

١٢٢٠٤ - قلنا : هذا يبطل بالإقالة ، ولا تفتقر [6] إلى إيجاب وقبول ، وتبنى [7] على العقد الأول ، ولا تصح بأكثر مما سمي [8] فيه من الثمن ، فكذلك ههنا لمن قصد العقدين بقصد واحد .

١٢٢٠٥ - قالوا : لو كان المنع من العقد الثاني للربا ؛ لوجب إذا باعه بأكثر من الثمن الأول ، ولا يجوز ؛ لأن الربا لا يجوز بالزيادة ولا بالنقصان [9] .

١٢٢٠٦ - قلنا : إذا باع بمثل الثمن أو زيادة فلم يقصد بالعقدين مقصدَ [10] عقد

---

(١) في (م) ، (ع) : [التقابض] .

(٢) في (م) : [الاستفصال] ، بالصاد المهملة في المكانين ، وفي (ص) : [مقصد] ، مكان : [يقصد] ، وما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيحرمه] ، بزيادة الهاء .

(٤) في (ص) ، (م) : [مضمونًا] ، مكان : [مضمون] وفي (م) ، (ع) : [عليه بالمبيع يحصل له] ، بزيادة : [بالمبيع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يفتقر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ويبني] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا يصح بأكثر مما يسمي] مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا النقصان] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المثل] ، مكان : [بمثل] ، وفي (ع) : [فلا يقصد] ، مكان : [فلم يقصد] ، ولفظ : [مقصد] ساقط من (م) ، (ع) .

واحد ، بدلالة : أن الإنسان لا يبيع الشيء بثمن (١) ويبتاعه بأكثر منه وهذا الغرض غرضه (٢) ابتداءً فلذلك لم يجز .

١٢٢٠٧ - فإن قيل : من أصلكم : أن من باع من رجل تمرًا رديئًا بتمر ثم اشترى بذلك التمر تمرًا جيدًا ثم أولى (٣) منه جاز ، وإن كان هذا لا يجوز أن يكون غرضه ابتداءً ، ولم تجعلوا (٤) العقدين كالعقد الواحد .

١٢٢٠٨ - قلنا : هناك لا يجوز إلا بعد قبض الثمن فيستوفي حقوق العقد الأول ، ولا شيء للثاني عليه ، وإن كان غرضه النقصان ابتداءً ؛ لأنه إن قصد مقصد عقد واحد لم تكمل (٥) أحكام العقد الأول .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لا يمنع أكثر بثمن] ، مكان : [لا يبيع الشيء بثمن] .

(٢) في (ص) : [عرضه] ، بالعين المهملة .

(٣) في (ع) : [أدلى] .

(٤) في (ص) : [عرضه] ، بالعين المهملة ، مكان : [غرضه] ، بالمعجمة وفي (م) ، (ع) : [ولم يجعلوا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بقصد] ، مكان : [مقصد] ، وفي (م) : [لم يكمل] مكان المثبت .

مسألة ٦٢٧

ما الحكم لو ابتاع ثوبا بعشرة ، فباعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة فأراد أن يبيعه مرابحة ؟

١٢٢٠٩ – قال أبو حنيفة : إذا ابتاع ثوبًا بعشرة ، فباعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة ، فأراد أن يبيعه [1] مرابحة : باعه على خمسة ، أو يبيعه مساومة .

فإذا باعه بعشرين ، ثم [2] اشتراه بعشرة : لم يجز أن يبيعه مرابحة ؛ لأنه يحط الأرباح من الثمن .

١٢٢١٠ – وقال أبو يوسف ، ومحمد : يبيعه على جميع الثمن [3] ، وبه قال الشافعي [4] .

١٢٢١١ – لنا : أن المرابحة [5] تجتمع فيها العقود ويكون رأس المال ما اجتمع ، بدلالة : أنه يبتاع الثوب ويستأجر من يقصره ويطرزه [6] ويضم ذلك إلى رأس المال ، ومتى ضممت [7] العقود في مسألتنا : كان رأس المال خمسة ، فوجب أن يبيعه على ذلك .

١٢٢١٢ – ولأن هناك تجمع [8] العقود في ملك واحد ، وههنا الجمع في ملكين ؛ لأن عندنا يجمع بين ملكين ، بدلالة : أن من ابتاع من أبيه أو ابنه أو مكاتبه ، لا يبيعه مرابحةً حتى يحط عن الثمن ما ربحه البائع .

١٢٢١٣ – ولهذا قالوا : لو أنه اشترى بثمن فغلب العدو على المبيع ، ثم اشتراه رجل منهم وأخذه المشتري بالثمن باعه المشتري مرابحة بالثمنين وجمع أحد العقدين إلى الآخر ، وإن كان ذلك في ملكين .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن يجعله] ، مكان : [أن يبيعه] .

(٢) قوله : [باعه بعشرين ثم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) يعني عندهما : يبيعه مرابحة على الثمن الأخير – وهو العشرة في الصورتين – مطلقًا ، سواء استغرق الربح الثمن ، كما في الثانية ، أولا ، كما في الأولى . راجع المسألة في : روضة القضاة (٣٩٦/١) ، المسألة (٢٠٥١) ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٥ ، ٢٢٥) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٥٠١/٦) وما بعدها ، البناية مع الهداية (٣٠٩/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر (٧٠/٢ ، ٧١) ، الدر المختار مع رد المحتار (١٦٣/٤) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع ، الباب السابق (٦/١٣ ، ٧) ، حلية العلماء (٢٩٦/٤) ، فتح العزيز بذيل المجموع (١٠/٩) ، المدونة (٢٤٩/٣) ، المغني (٢٠٥/٤) ، الكافي (٩٧/٢) .

(٥) قوله : [أن المرابحة] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [ويطوره] .

(٧) في (ص) : [صممت] ، بالصاد المهملة . (٨) في (م) : [يجمع] .

١٢٢١٤ - ولأنه سلم إليه مالا (١) في مقابلة جزء من المبيع ، فلم يجز له بيعه مرابحةً بجميع الثمن ما لم يبين (٢) ، أصله : إذا قطعت (٣) يدها وأخذ الأرش .

١٢٢١٥ - ولا يلزم : إذا باعه بعرض ؛ لأن محمدًا قال في المضاربة : إنه (٤) يبيعه مرابحةً في قياس قول أبي حنيفة ، وأصحابه يقولون (٥) : يجب أن لا يبيعه حتى يتبين .

١٢٢١٦ - ولأن المقصود من البيع نوعان : الربح ، والنماء من عينه ، مثل : الولد ، والثمر ، والغلة ، واللبن ، فإن كان سلامة أحدهما يجوز أن تؤثر (٦) في بيع المرابحة ، كذلك الآخر .

١٢٢١٧ - ولا يلزم : العلة (٧) ؛ لأن المبطل في الجملة النماء .

١٢٢١٨ - ولأنه لما باعه ابتداءً وربّحه فلم يستقر الربح لجواز أن يرد عليه بعيب ، فإذا ابتاعه استفاد بالعقد الثاني المبيع واستقرار الربح في العقد الأول ، فلم يجز بيع أحدهما مرابحة بجميع الثمن من غير بيان ، كما لو اشتري شيئين .

١٢٢١٩ - احتجوا : بأنه لا يحتسب له بالخسران فيه فلا يحتسب عليه بالربح من غير هذه السلعة . ومعنى هذا : أنه لو باعها أولًا بخمسة ثم اشتراها بعشرة لم يبعها مرابحةً على خمسة عشر .

١٢٢٢٠ - الجواب : أنا نسقط الربح لدفع القيمة كالبائع ؛ لأن المشتري إذا علم أن (٨) يكون ابتياعه لها بثمن ناقص ويبيعها بزائد ارتاب (٩) وضم الخسارة فيه تهمة ، فلذلك لم يضم .

١٢٢٢١ - ثم أصلهم يتبع آخر ، والمعنى فيه : أنه لو سلم منه النماء الذي هو الولد [لم يعتد به في بيع غيره ، فكذلك الربح والمبيع الواحد لو سلم منه الولد] (١٠) أثر في

---

(١) لفظ : [مالا] ساقط من (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [ما لم يتبين] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إذا قطع قاطع] ، مكان : [إذا قطعت] .

(٤) في (ع) : [إن] ، بدون الضمير . (٥) في (ص) : [يقول] .

(٦) لفظ : [والغلة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [أن يؤثر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [العلة] بالعين المهملة ، وفي (ص) : [الغلة] بالمعجمة .

(٨) في (م) ، (ع) : [إنه] ، مكان : [أن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أرباب] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن : [منه لولد] غير واضح ، وفي (م) ، (ع) : [أثر فيه في منع] ، بزيادة : [فيه] .

تعقيب : اندفع القدوري إلى تصوير الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي بمنهجه الجدلي الذي يهدف إلى إفحام مناظره وحشد كل الأدلة ورد كل الاعتراضات المحتملة ، وهو لهذا لا يبحث عن حل وسط يحقق المصلحة =

منع المرابحة ، كذلك الربح يجوز أن يؤثر .

١٢٢٢٢ - قالوا : أبو حنيفة أمر بالكذب ، فإنه إذا قال [1] : اشتريتها بخمسة كان كاذبًا ، وإن قال : قامت عليَّ بخمسة كان كاذبًا .

١٢٢٢٣ - قلنا : أبو حنيفة يرى القياس في هذه المسألة لضرب من الدرع [2] ، وجعل العقدين كالعقد الواحد ، فكيف يأمر بالكذب ؟ ، وهو إذا قال : ابتعتها [3] مرابحةً على المشتري فلم يجز بواحد من الأمرين فهو صادق ، وإن تبين حقيقة المال ، فيقول : ابتعتها بعشرة وبعتها بخمسة عشر وابتعتها [4] بعشرة ، فيجوز أن يبيع مرابحةً على غيره بعد بيان الحال ، وإن قال : قامت [5] عليَّ بخمسة يريد به في مجموع العقدين ، كان صادقًا .

١٢٢٢٤ - قالوا : لو : [6] باعها في العقد الأول بعشرين ، ثم اشتراها بعشرة ، لم يجز أن يبيعها مرابحة عندكم ، ولا مانع من ذلك .

١٢٢٢٥ - قلنا : المانع أن المشتري إذا تبين [7] له الأمر اتهم المبتاع أن يكون وقف من حال السلعة على معنى إذا أظهره ابتاعها بقليل الثمن ، وإذا أخفى زاد ثمنها [8] فلا يمكن حط ربح الأول ؛ لأنه لم يتيقن بثمن .

١٢٢٢٦ - فقلنا : تبين الحال فيبيعها [9] مرابحةً ويبيعها مساومةً ، كما أنه إذا ابتاع من مكاتبه لم يجز أن يبيعه مرابحةً إلا بعد البيان ، وكذلك إذا أثمرت النخلة فأكل ثمرها لم يجز بيعها مرابحةً حتى يبين [10] .

= ويوفر الثقة بين المتعاملين بالمرابحة ، وإلا لفطن إلى أن الواجب على البائع بالمرابحة في هذه المسألة أن يذكر للمشترى تاريخ تعامله في السلعة المبيعة ، شراء وبيعا وشراء ثانيا ، بما يحقق الهدف العلمي الذي أراده الفقهاء ، وهو توفير الثقة بين المتعاملين بالمرابحة ، وسدا لأبواب الفتن والخصومة فيما بينهم بعد إجرائه ، ورغم أهمية الحرص على هذا الهدف فرديا واجتماعيا لتوفيره الوقت والجهد وتيسيره للمعاملات والعقود فإن منهج الجدل والمناظرة قد عمي عليه وستره وابتعد عن تحقيقه .

(١) في (ع) : [قال إذا] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [كضرب] ، مكان : [لضرب] ، وحرف : [ع] من [الدرع] ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبيعها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبيعها] مكان : [ابتعتها] ، [وبعتها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قامت قامت] ، مكان : [قال : قامت] .

(٦) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [إذا بين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بمثلها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثمن] ، مكان : [بثمن] وفي (ع) : [بيبعها] ، مكان : [فيبيعها] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تبين] .

مسألة ٦٢٨

شراء ثوبين بثمن واحد ، وبيع أحدهما بثمنه مرابحة

١٢٢٢٧ - قال أصحابنا : إذا اشترى ثوبين بثمن واحد ، لم يجز بيع أحدهما مرابحةً بحصته ، [إلا أن يبين ، ولو ابتاع قفيزين [1] حنطة ، جاز أن يبيع أحدهما مرابحةً] بنصف الثمن [2] .

١٢٢٢٨ - وحكى أصحاب الشافعي : أنه يجوز بيع أحد الثوبين مرابحةً بحصته من الثمن [3] .

١٢٢٢٩ - لنا : أنه باع بعض ما دخل تحت الصفقة بحصة مظنونة ، فلم يجز في المرابحة [4] إلا بعد البيان ، كما لو لبس الثوب فتخرق ، يقوم بنقصان العيب ويبيعه مرابحةً بما بقي .

١٢٢٣٠ - ولأن الثمن ينقسم عليها بالحزر [5] والظن ، وذلك يختلف ، فإذا حزر [6] أن رأس ماله كذا ، جاز أن يكون كاذبًا ؛ فلم يجز [7] .

ولا يقال : إنا نُقَوِّم السرقة فيقطع إذا كملت قيمتها بالحزر [8] والظن ؛ لأنه لابد هناك من التقويم أو إسقاط حق الله تعالى من القطع ، وههنا لابد من المرابحة والمساومة ، وإلى بيان الحال .

١٢٢٣١ - ولأن المبيع لو بين له باطن الأمر [9] اتهم أن يكون زاد في القيمة أو

(١) في (ص) : [قفيزين] ، تصويبه : [قفيزي] بالإضافة .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع (٣/١٣) ، فتح العزيز بذيل المجموع (١١/٩) ، حلية العلماء (٢٩٠/٤ ، ٢٩١) ، المدونة (٢٤٨/٣) ، المنتقى في : « بيع المرابحة » (٥٠/٥) ، الإفصاح (٣٥٠/١) ، المغني (٢٠٣/٤ ، ٢٠٤) ، الكافي لابن قدامة (٩٦/٢) .
(٤) في جميع النسخ : [في المرابحة] ، ولعل الصواب : [فيه المرابحة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالحرز] ، والصواب : [بالحزر] بتقديم الزاي . راجع : المغرب « الحاء مع الزاي » ص ١١٣ ، ١١٤ ، ولسان العرب ، مادة : « حزر » (٨٥٥/٢) .
(٦) في (م) ، (ع) : [حرر] .
(٧) في هامش (ص) : [يصح] ، مكان : [يجز] ، من نسخة أخرى .
(٨) في (م) ، (ع) : [بالحرز] .
(٩) في (م) ، (ع) : [بالظن] ، مكان : [باطن الأمر] .

أمسك لنفسه ما هو الأنظر في البيع [1] والأقرب إلى الاختيار .

١٢٢٣٢ - ولأن الإنسان قد يبتاع الشيئين رغبة في أحدهما ويزيد في الثمن لأجل حاجته إلى ما رغب فيه [2] فيلحقه بهذا التجويز التهمة ، فلم يجز أن يبيعه مرابحةً من غير بيان .

١٢٢٣٣ - ولا يلزم إذا سمى لكل ثوب ثمنًا ؛ لأنه إذا رغب في أحدهما زاد في ثمنه خاصة .

١٢٢٣٤ - احتجوا : بأن ما جاز بيعه إذا اشتراه منفردًا جاز بيعه إذا اشتراه مع غيره ؛ أصله : ينقسم الثمن عليه بالأجزاء .

١٢٢٣٥ - والجواب : أن هناك حصة كل واحد معلومة في العقد وقد تختلف [3] القيم فيها ، فإذا أخبر أن رأس مالها الحصة لم يتحقق فيما يخبر به .

١٢٢٣٦ - ولأن المشتري إذا بين له حال الصبرة لم يتهم ، فإذا بين له حال الثوب [4] اتهمه من الوجه الذي هنا ؛ ألا ترى : أنه لا يباع قفيزان رغبة [5] في أحدهما ، وقد يباع ثوبان رغبة [6] في أحدهما .

١٢٢٣٧ - قالوا : كل واحد من الثوبين ثمنه ما يخصه [7] بالتقويم ، بدلالة أن الباقي بحصته .

١٢٢٣٨ - قلنا : هذه الأحكام كلها ليس للتهمة فيها [8] مدخل ، فيجوز أن يبينه [9] بالتقويم الذي طريقه / الظن . ١٤٣/ب

١٢٢٣٩ - ولأنه لا مندوحة عن [10] التقويم فيها ، وفي مسألتنا : التهمة مؤثرة وعن

---

(١) في (م) : [في المبيع] ، وفي (ع) : [ألا تنظر في المبيع] ، مكان المثبت .

(٢) لفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (م) : [يختلف] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الربا] ، مكان : [الثوب] .

(٥) في جميع النسخ : [قفيزين] ، والصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [رغبة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في جميع النسخ : [ثوبين] ، والصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [برغبة] ، مكان : [رغبة] .

(٧) في (م) : [بحصة] .

(٨) في (ص) : [فهو] ، وفي (م) : [فهذا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يثبته] .

(١٠) في (م) : [مندوجة] ، بالجيم المعجمة . الندح : الموضع المتسع من الأرض ، والجمع : أنداح ، =

التقويم مندوحة ؛ لأنه يمكن البيع مساومة أو بعد البيان .

١٢٢٤٠ - قالوا : إذا قومها عدلان فلا تهمة .

١٢٢٤١ - قلنا : التقويم لا يعتد به في الشيء اليسير ، وذلك معتد به [1] من المرابحة . ألا ترى : أنه يقول : هو عليّ بكذا ، فإذا كان هناك زيادة يسيرة لا يعتد بها المقوم كان كاذبًا .

* * *

= وأرض مندوحة : واسعة بعيدة ، والمندوحة : بمعنى السعة والفسحة . راجع : في لسان العرب ، مادة : « ندح » (٦/٤٣٨٠ ، ٤٣٨١) ، المصباح المنير (٢/٥٦٩) . ولفظ : [عن] ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١) في (م) ، (ع) : [يعتد به] .

مسألة ٦٢٩

خيانة البائع للمشتري في المرابحة وهلاك المبيع

١٢٢٤٢ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا خانه في المرابحة وهلك المبيع ، فلا شيء للمشتري [1] .

١٢٢٤٣ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يرجع بالخيانة [2] وحصتها من الربح ، وفي القول الآخر : يفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، ويغرم القيمة [3] .

١٢٢٤٤ - أما الكلام على القول الأول فقد بيناه .

١٢٢٤٥ - وذكر [4] أن الخيانة لا توجب حط شيء [5] من الثمن ، وإنما يثبت الخيار [6] ، فإذا هلك المعقود عليه سقط الخيار ، كخيار الشرط . ولأن المبيع تلف على ملكه ، فلا يرجع فيما خانه في ثمن المرابحة ، أصله : إذا خانه في الصفقة .

وإنما الكلام على القول الثاني : فلأنه تلف ما اشتراه بعقد صحيح على ملكه ، فلم يجز له الفسخ ، كما لو خانه في الصفقة .

١٢٢٤٦ - ولأنه خيار فسخ فيسقط بتلف المبيع ، كخيار الشرط والعيب .

١٢٢٤٧ - ولأنها حالة لا يفسخ فيها عقد المرابحة بالخيانة [7] في الصفقة ، فلا يفسخ بالخيانة في القدر [8] . أصله : إذا أخر الفسخ مع الإمكان ثم تلف .

---

(١) راجع المسألة في : بدائع الصنائع (٢٢٦/٥) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٥٠١/٦) البناية مع الهداية (٣٠٨/٧ ، ٣٠٩) ، مجمع الأنهر (٧٠/٢) ، الدر المختارمع ردالمحتار (١٦٣/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الجناية] ، مكان : [الخيانة] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم (٩٣/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع (١٠/١٣) ، حلية العلماء (٣٠٠/٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٤/٩) ، نهاية المحتاج (١١٦/٤) ، المدونة (٢٥٠/٣) ، الكافي (٧٠٥/٢) ، المنتقى (٥٢/٥) ، المقدمات الممهدات (١٢٩/٢) .

(٤) في جميع النسخ : [ذكر] ، والأنسب : [ذكرنا] بزيادة ضمير الجمع المتكلم ، ويشير المصنف بقوله : [فقد بيناه] إلى المسألة التي سبقت برقم (٦٢٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا توجبه] ، بزيادة الهاء ، ولفظ : [شيء] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) لفظ : [الخيار] مكرر في (ص) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالجناية] ، مكان : [بالخيانة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالجناية في الفرع] ، مكان : [بالخيانة في القدر] وهو تصحيف .



مسألة ٦٣٠

هلاك المبيع في يد المشتري واختلافهم في الثمن

١٢٢٤٨ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا هلك المبيع في يد المشتري [ثم اختلفا في الثمن ؛ فالقول قول المشتري] (١) ، فلا تحالف .

١٢٢٤٩ - وقال محمد : يتحالفان ويفسد العقد ويلزم المشتري قيمة المبيع (٢) ، وبه قال الشافعي (٣) .

١٢٢٥٠ - لنا : ما روي ابن أبي ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن ابن مسعود ﷺ ، قال : سمعت رسول اللّٰه ﷺ يقول : « إذا اختلف البيّعان والمبيع (٤) قائم بعينه وليس بينهما بينة ، فالقول ما قال البائع ، أو يترادَّان البيع » (٥) .

١٢٢٥١ - والحكم إذا ورد معلقًا بشرط دل على نفي ما عداه (٦) عند كثير من أصحابنا .

١٢٢٥٢ - ومن منع دليل الشرط قال : القياس الحلف ، فإذا ورد الخبر في السلعة القائمة تركنا القياس فيه ، وبقي ما سواه على مقتضى القياس .

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قال الطحاوي في مختصره : « وإذا اختلف المتبايعان في الثمن والمبيع قائم تحالفا وترادًّا البيع ، وإن كان فائتًا فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : القول قول المشتري في الثمن مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك ولا يترادان أن البيع ، وقال محمد بن الحسن : يتحالفان في ذلك ويترادان قيمة المبيع ، والقول فيها قول المشتري مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك ، وبه نأخذ » . راجع : مختصر الطحاوي ص ٨٢ ، روضة القضاة (٣٥٨/١) المسألة (١٨٤٦) ، طريقة الخلاف في الفقه ص ٣٤٩ - ٣٥١ ، المسألة (١٤٧) .

(٣) راجع المسألة في : مختصر المزني ص ٨٦ ، ٨٧ ، المهذب مع تكملة المجموع (٧٠/١٣) وما بعدها ، حلية العلماء (٣٢٧/٤) ، فتح العزيز (١٥٣/٩ ، ١٥٤) ، نهاية المحتاج (١٦٠/٤) ، الكافي لابن عبد البر (٦٩٠/٢) ، المنتقى (٦٢/٥) ، بداية المجتهد (٢٠٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٠ ، المسائل الفقهية (٣٤٧/١ ، ٣٤٨) ، المسألة (٣٧) ، المغني (٢١٤/٤ ، ٢١٥) .

(٤) في جميع النسخ : [البايعان] ، والمثبت من كتب الحديث ، وفي (ص) : [البيع] ، مكان : [المبيع] وهو تصحيف .

(٥) في (ص) : « وتيرادان » مكان « أو يترادان » . والحديث أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢١/٣) الحديث (٧٢) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب إذا اختلف االتبايعان » (٢٥٠/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب البيعان يختلفان » (٧٣٧/٢) ، الحديث (٢١٨٦) ، وأحمد في المسند (٤٦٦/١) .

(٦) قاعدة : « الحكم إذا ورد معلقًا بشرط دل على نفي ما عداه » .

روى الحسن بن عمارة ، عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن أبيه عبد اللّٰه بن مسعود ﷺ قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « إذا اختلف البيّعان فالقول ما قال البايع [1] ، فإذا استهلك فالقول ما قال المشتري » [2] ، وهذا نص .

١٢٢٥٣ – فإن قيل : الحسن بن عمارة [3] مردود .

١٢٢٥٤ – قلنا : قد عدله أصحابنا ، وروى عنه أبو يوسف ، وأخذ بحديثه ، وهو قاضي قضاة بغداد ، وصاحب المظالم ، وإنما زعموا أنه [4] رديء الحفظ .

ولأنه نوع فسخ ؛ فلم يصح بعد هلاك ما يعتبر بالعقد في ضمان المشتري ، كالإقالة .

١٢٢٥٥ – ولا يلزم [5] : إذا باع عبدًا بجارية فهلك أحد العوضين ثم اختلفا ؛ لأن قولنا : بعد هلاك ماتعين يقتضي جميع التعيين ، وههنا هلك بعد القبض ما تعين .

ولأنا نسوي بين الأصل والفرع ؛ لأن الإقالة في مسألة الإلزام تصح .

١٢٢٥٦ – ولا يلزم : إذا قبل المبيع في يد البائع ؛ لأنه لم يهلك في ضمان المشتري .

١٢٢٥٧ – فإن قيل : المعنى في الإقالة : أنها ابتداء عقد ، بدلالة : أنها تفتقر [6] إلى التراضي ، فلم تفتقر إلى بقاء المعقود عليه .

١٢٢٥٨ – قلنا : لا نسلم أن الإقالة ابتداء عقد ، بل هي [7] فسخ ، ولهذا لا تقف على تسمية عوض ، وتصح [8] بلفظ لا يصح ابتداء العقد به .

١٢٢٥٩ – فأما قولهم : إن الفسخ بالتحالف لا يقف على التراضي فليس كذلك ؛ لأن بقاءهما على الخلاف رضا بالفسخ ، ولهذا لو رجع أحدهما إلى قول الآخر لم يفسخ العقد .

---

(١) في جميع النسخ : [البايعان] ، والمثبت من سنن الدارقطني ، وفي (م) ، (ع) : [قول البائع] ، مكان : [ما قال البائع] ، ولفظ : [ما] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني بهذا الإسناد واللفظ ، في نفس المصدر السابق (٢٠/٣) ، الحديث (٦٦) . وقال بعد أن أخرجه : « الحسن بن عمارة متروك » .

(٣) الحسن بن عمارة بن مضر ، البجلي ، أبو محمد الكوفي ، قاضي بغداد ، ضعيف ، مات ﷺ في سنة ثلاث وخمسين ومائة . راجع ترجمته في : الكامل (٢٨٣/٢) وما بعدها ، الترجمة (٤٤٥/٧٦) ، المجروحين (٢٩٩/١) ، تقريب التهذيب (١٦٩/١) ، الترجمة (٢٩٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، بزيادة : [اللام] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولم يلزم] .

(٦) في (م) : [يفتقر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [هو] مكان : [هي] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويصح] .

١٢٢٦٠ - ثم علة الفرع تبطل [١] بالرد بالعيب ؛ لأنه لا يقف على التراضي ويقف على السلعة ، وكذلك الطلاق والرجوع في الهبة فسخ عقد لا يتعين في التراضي ولا يصح مع [٢] الهلاك .

ولأنه فسخ يقتضي رد المبيع فلا يبتدئ في السلعة للهالك [٣] ، كالرد بالعيب .

١٢٢٦١ - ولا يلزم : إذا قبل المبيع من يد البائع ؛ لأن هذا الفسخ يقتضي رفع العقد ، ولا يقتضي رد المبيع ؛ لأن الرد يكون بعد القبض .

١٢٢٦٢ - ولا يقال : المعنى في الرد : أن المشتري يستدرك ظلامته بأخذ العوض [٤] ، وفي التحالف يستدرك ظلامته بغير فسخ ؛ لأن البائع يستدرك الظلامة باستحلاف المشتري ، فالظاهر : أنه ينكل إن كان كاذبًا .

١٢٢٦٣ - ولأنه لا يستدرك الظلامة بالفسخ ؛ لأنهما لا يختلفان في القيمة ، كالاختلاف في الثمن وزيادة ، ويرجع إلى قول المشتري فيها .

١٢٢٦٤ - ولأنها حالة لا تصح الإقالة فيها [٥] ؛ فلم يصح الفسخ بالتحالف ، كما لو كان بعد انقضاء مدة الإجارة ، وكما لو هلك المبيع في يد البائع .

١٢٢٦٥ - ولأنه فسخ يختص سببه بالحكم ، فلم يصح بعد تلف المعقود عليه ، كاللعان .

١٢٢٦٦ - ولأنه هلك على ضمان الثمن ، فلم ينتقل بالتحالف إلى ضمان القيمة ؛ لأن كل هالك على ضمانٍ لم ينتقل بالتحالف إلى غيره ، كالمقبوض ببيع فاسد ، والغصب .

١٢٢٦٧ - والدليل على أنه هلك بضمان الثمن : إن كان مقبوضًا [٦] على وجه ، فهلاكه يقع على الوجه الذي يقع عليه القبض ، كالغصب ، والوديعة .

---

(١) في (م) : [يبطل] .

(٢) لفظ : [مع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا بتداء] وفي (ص) : [فلا سدا] ، بدون نقط ، ولعل تصويبه ما أثبتناه وفي (ع) : [كالهالك] ، بالكاف ، بدل اللام .

(٤) في هامش (ص) : [الأرش] ، مكان : [العوض] ، من نسخة أخرى .

(٥) في (م) : [لا يصح فيها الإقالة] ، وفي (ع) : [لا تصح فيها الإقالة] .

(٦) في (ص) ، (م) : [مقبوض] .

١٢٢٦٨ - فإن قيل : هذا يبطل بمن اشترى عبدًا بجارية وقبضه فهلك في يده ، فإنهما يتحالفان ، وينتقل ضمان العبد إلى القيمة .

١٢٢٦٩ - قلنا : الأعيان إذا بيعت بمثلها .

١٢٢٧٠ - قلنا : القيمة لا يجوز الرجوع إليها في الشريعة في هذا الحكم ، ولا هو غالب (١) فكيف نسلم لهم الأولى ؟ ثم إنهما قد يختلفان في جنس الثمن فيدعي أحدهما دنانير مثل القيمة ، ويذكر الآخر دراهم (٢) مثل القيمة فيتحالفان ، وإن لم تشهد (٣) القيمة لأحدهما ، وهذا مردود (٤) بالخبر ، فمن أين تثبت (٥) البينة ؟ .

١٢٢٧١ - فإن قيل : إنما تركنا دليل الخطاب لما روي عن الأعمش ، عن أبي وائل (٦) ، عن عبد الله أنه قال : « إذا اختلف البيّعان (٧) والمبيع مستهلك فالقول قول البائع » ، ورفعه إلى النبي ﷺ (٨) ، والنطق الخاص أولى من دليل الخطاب .

١٢٢٧٢ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني ، عن بدر بن الهيثم ، عن محمد بن عبيد بن عبد ، عن أحمد بن مسبح (٩) الجمال ، عن عصمة بن عبد الله ، عن إسرائيل، عن الأعمش (١٠) ، ومَنْ بين بدر [و] (١١) إسرائيل كلهم مجاهيل ، لا يعرف منهم أحد ، ولا يثبت بقولهم حجة .

١٢٢٧٣ - قالوا : متبايعان اختلفا في قدر (١٢) ثمن عقد به المبيع القائم بينهما ، فإذا

---

(١) قوله : [في هذا الحكم] ساقط من (م) ، (ع) ، [وطالب] ، مكان : [غالب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [دراهم هي] ، بزيادة : [هي] .

(٣) في (م) : [وإن لم يشهد] . (٤) في (م) ، (ع) : [مراد] .

(٥) في (م) : [يثبت] . (٦) في (ع) : [عن بني وائل] .

(٧) في هامش (ص) : [البايعان] ، مكان : [البيعان] ، من نسخة أخرى .

(٨) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني بالإسناد التالي ، بهذا اللفظ في نفس المصدر السابق (٢١/٣) ، الحديث (٧١) .

(٩) في جميع النسخ : [بدر بن الهيثم] عن محمد بن عبد الله بن عتبة ، عن محمد بن سح » - بدون نقط الأخير- وما أثبتناه من سنن الدارقطني .

(١٠) بهذا الإسناد أخرجه الدارقطني عن أبي وائل ، عن عبد الله بن مسعود ﷺ وقال في آخر الحديث : «ورفع الحديث إلى النبي ﷺ » .

(١١) ما بين المعكوفتين أثبتناه لمقتضى السياق . وقد بحثنا عن تراجم هؤلاء الرواة في كتب التراجم والرجال فلم نقف عليها .

(١٢) لفظ : [قدر] ساقط من (م) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

لم يتضمن اختلافهما فساد العقد تحالفا ، كما لو كانت السلعة قائمة .

١٢٢٧٤ - وقولهم : « القائم [1] بينهما » [احتراز من المبيع إذا تلف [2] قبل القبض .

١٢٢٧٥ - وقولهم : « إذا لم يتضمن فسادًا] « احتراز [3] منه إذا اختلفا ، فقال البائع : بعت بدراهم ، فقال المشتري : بخمسين .

١٢٢٧٦ - قلنا : يبطل إذا كان لأحدهما بيّنة والأوصاف موجودة ، ولا تحالف .

والمعنى في الأصل : أنه يمكن إزالة ضرر الاختلاف ، ورد كل واحد برأس ماله فلذلك [4] تحالفا .

وفي مسألتنا : لا يمكن رد كل واحد إلى رد ماله بضرر ربما كان أكثر من الأول .

١٢٢٧٧ - ولأن انقضاء البيع [5] بالقيمة ، ويجعل القول فيها قول [6] المشتري .

١٢٢٧٨ - ولأن السلعة القائمة تقبل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب ، وكذا ابتداء .

١٢٢٧٩ - وكذلك لا يصل الفسخ بالتحالف ابتداء ؛ لأن مقصود التحالف الفسخ [7] .

١٢٢٨٠ - قالوا : اختلفا في صفة العقد وتداعياه دعوى صحيحة ولا بيّنة لأحدهما ، فوجب أن يتحالفا ، أصله : إذا كان المعقود عليه باقيًا .

١٢٢٨١ - قلنا : التحالف بثمن [8] الفسخ ، بدلالة : أن ما لا ينفسخ من العقود لا يثبت فيه التحالف ، كالجعل ، والفسخ مع بقاء السلعة ممكن ، فإذا هلكت لم يمكن ابتداء الفسخ فيها ولذلك [9] لا يثبت التحالف .

١٢٢٨٢ - قالوا : يبطل هذا بما لو قُتِل المبيع في يد البائع فأخذ قيمته ثبت للمشتري الفسخ [10] ابتداء مع هلاكه .

---

(١) في (ص) : [قائم] ، بدون الألف واللام .

(٢) قوله : [إذا تلف] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ص) ، (م) : [احترازًا] ، بالنصب.

(٤) في (ص) ، (م) : [فكذلك] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالبائع] ، بزيادة الباء ، وفي (ص) : [البائع] ، والانتفاء في البيع لا في البائع .

(٦) لفظ : [قول] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : « مقصود التحالف الفسخ » .

(٨) في (ص) ، (ع) : [ثمن] ، بدون نقط .

(٩) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بالفسخ] .

١٢٢٨٣ - قلنا : لأن العقد انتقل إلى القيمة ، بدلالة : أنه تعلق بها جميع الأحكام المتعلقة بالبيع [(١)] من الحبس وجواز الإقالة والرد بالعيب ؛ لأن المشتري لو رضي بالقيمة ثم اطلع على عيب كان بالمبيع : جاز له رد القيمة ، فصار العقد منتقلًا إليها ، فلهذا جاز فيها الفسخ .

١٢٢٨٤ - قالوا : فسخ بيع لا يفضي [(٢)] إلى تراضيهما ، فإذا صح مع بقاء المبيع صح مع تلفه ، كما لو اشترى عبدًا بثوب وتقابضا فهلك العبد في يد المشتري وأصاب البائع بالثوب عيبًا ، فإنه يرده [(٣)] بالعيب ويفسخ العقد ، وعلى المشتري قيمة الثوب .

١٢٢٨٥ - قلنا : يبطل بالفسخ خيار الشرط . وفي الأصل يبتدأ في الفسخ بما تعين [(٤)] بالعقد ويبيعه الهالك .

١٢٢٨٦ - وفي مسألتنا : يقع ابتداء الفسخ في الهالك المتعين في الفسخ ، وإن لم يجز أن يفسخ فيه لا على طريق التبع [(٥)] ؛ لأن الإقالة تجوز في عبد حي وعبد ميت ويتبع الميت الحي في الإقالة ، وإن كان لا يصح فيه ابتداء .

١٢٢٨٧ - ولأن هذ التعليل إن كان للوجوب ، بطل بالفسخ في العبد [(٦)] الهالك ، وإن كان للجواز قلنا به في مثل الأصل الذي قاسوا عليه ، وهذا إذا باع عرضًا بعرض ، فهلك أحدهما ، ثم اختلفا تحالفا ، ووقع الفسخ في العرض الباقي ويتبعه الآخر .

١٢٢٨٨ - قالوا : إنهما اتفقا أن السلعة كانت للبائع ، وأنها انتقلت منه إلى المشتري ، ومتى اختلفا في صفة انتقال [(٧)] ملك المالك كان القول قول المالك في صفة [(٨)] انتقاله ، كما لو قال المالك : بعتك ، وقال القابض : / وهبت ؛ فالقول قول المالك . ١٤٤/أ

١٢٢٨٩ - قلنا : في مسألتنا اتفقنا على العقد أنه عقد بيع ووقع الاختلاف في [(٩)] البدل ، فإذا لم تظهر [(١٠)] زيادة الثمن بالبيِّنة بقي البيع بأقل الثمنين ، فلم يرض البائع به [(١١)] ووجب الرد ، وذلك لا يمكن في الهالك .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والبيع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يقتضي] .
(٣) في (م) ، (ع) : [براءة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يتعين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [المبيع] وفي (ص) بدون نقط .
(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] ، مكان : [العبد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [إلى انتقال] ، بزيادة : [إلى] .
(٨) في (م) ، (ع) : [صفقة] .
(٩) حرف [في] ساقط من (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يظهر] .
(١١) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

١٢٢٩٠ - فأما في البيع والهبة : فالاختلاف وقع في جنس العقد ، فكل واحد يحلف على عقد غير العقد الذي حلف الآخر عليه ، فإذا حلفا لم يظهر واحد من العقدين (١) ؛ فثبتت العين في يد هالكه من ملك غيره ، فيجب قيمتها من غير فسخ .

١٢٢٩١ - وفي مسألتنا : اتفقا على البيع ، وإذا لم تثبت الزيادة احتجنا إلى فسخ عقد ثابت باتفاقهما ، والفسخ ابتداء (٢) لا يكون في الهالك .

١٢٢٩٢ - والدليل على أنه يفرق بالاختلاف في البدل ، أو في جنس العقد إلى البائع : لو قال : بعتك هذه الجارية ، فقال القابض : وهبتها لي ، لم يحل له وطؤها (٣) ، وإن اتفقا على إباحة الوطء لاختلافهما في جنس العقد .

١٢٢٩٣ - ولو قال زوجتكها بمهر ألف ، فقال : الزوج : بل بخمسمائة : حل له (٤) الوطء ؛ لأنهما اتفقا على جنس العقد ، وإنما اختلفا في زيادة البدل .

١٢٢٩٤ - وقد (٥) قال محمد في « المأذون » ، « والزيادات » (٦) : إن المبيع إذا قتل في يد البائع ، ثم اختلف البائع (٧) والمشتري في الثمن تحالفا .

١٢٢٩٥ - وكان أصحابنا يقولون : هذا قول محمد خاصة ، فأما على قولهما (٨) ، فلا تحالف ، ومنهم من يقول : انتقل المبيع (٩) إلى القيمة ؛ بدلالة : أن للبائع جنسها بالثمن ويتعاملان فيها وترد (١٠) بعيب ، فتبين أنه كان بالعقد فلما انتقلت أحكام البيع إليها جاز أن ينتقل إليها بالتحالف ، وهذا لا يوجد متى تلف في يد المشتري إذا بيّن ذلك .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [العقد] .
(٢) لفظ : [ابتداء] ساقط من (ع) .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [وطيها] ، والصواب ما أثبتناه .
(٤) في (م) ، (ع) : [لهما] .
(٥) لفظ : [قد] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) : [والزيادة] ، وفي (ع) : [في الزيادة] .
(٧) لفظ : [البائع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) يعني : أبا حنيفة ، وأبا يوسف رحمهما الله .
(٩) في (ص) : [البيع] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ويرد] .

مسألة ٦٣١

اختلافهما في الأجل

١٢٢٩٦ - قال أصحابنا : إذا اختلفا في الأجل ، لم يتحالفا ، ويكون القول قول من ينفي الأجل [١] .

١٢٢٩٧ - وقال الشافعي : إذا اختلفا في شرط الأجل ، أو مقداره ، أو في شرط الخيار ، أو في مقداره ، أو في شرط الرهن ، والكفيل ، فإنهما يتحالفان ، ويفسخ العقد [٢] .

١٢٢٩٨ - لنا : أنهما اختلفا في مدة ملحقة بالعقد ؛ فصار كما لو اختلفا في مضي الأجل .

١٢٢٩٩ - ولأن الاختلاف في الخيار اختلاف في غير المعقود ، كالاختلاف في الحط والبراءة .

١٢٣٠٠ - ولأن الأجل والخيار معني إذا سقط من العقد لم يفسد [٣] العقد ، فإذا اختلفا فيه لم يتحالفا ، أصله : إذا قال أحدهما : شرطت خيار أربعة أيام .

١٢٣٠١ - ولا يلزم : السود والبيض ؛ لأن العقد قد يفسد بشرط الصفة إذا لم يكن هناك نقد غالب .

١٢٣٠٢ - ولا يلزم : إذا ادعى البائع زيادة ، ثم إن إسقاط الزيادة لا يفسد العقد ؛ لأن قولنا أن ما لا يفسد العقد بشرط يقتضي سقوط جميع الأصل وجميع الثمن ؛ ولأن

---

(١) قال السمناني : « وإذا اختلفا في الأجل ، أو الخيار ، أو الرهن ، أو الكفيل ، أو الضمين ، فإنهما لا يتحالفان عندنا ، ويكون القول قول من ينفي ذلك ، وقال زفر ، والشافعي : يتحالفان ؛ لأنه اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان ، وهما قاسا ذلك علي اختلافهما في المعقود عليه » . راجع : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « فصل : الاختلاف في الأجل أو الخيار أو الرهن » (٣٦٣/١) ، مسألة (١٨٧٥ ، ١٨٧٦) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٧/٢) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : النكت ، في « مسائل اختلاف المتبايعين » ، ورقة (١٤٢ ب) ، المهذب مع التكملة الثانية للمجموع (٧٩/١٣-٨٠) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يعقد] ، وفي (ص) : [فقد] بدون نقط ، ولا يستقيم المعنى ، ولعل الصواب هو ما أثبتناه .

المعنى : معنى يؤثر في المطالبة ، ولاختلاف [1] البراءة .

١٢٣٠٣ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « إذا اختلف البيّعان فالقول قول البائع [والمبتاع] بالخيار » [2] .

وروي : « فالقول قول البائع ، أو يترادان البيع » [3] ، يفرق [4] بين الاختلاف في الثمن والمثمن ، أو في الأجل والخيار .

١٢٣٠٤ - والجواب : أن هذا مجمل ؛ لأنا لا نعلم أنهما لو اختلفا في دخول زيد الدار ، أو في رؤية الهلال [5] لم يجز التعرض للتحالف ، وإنما المراد : وهو الاختلاف فيما [6] صارا به متبايعين .

١٢٣٠٥ - قالوا : الأجل صفة في الثمن ، وصفة العوض إذا اختلفا في شرطها جاز أن يتحالفا ، أصله : الصحاح ، والغلة [7] .

١٢٣٠٦ - قلنا : الأجل ليس بصفة الثمن ؛ بدلالة : أن الأجل يمضي والثمن موجود مستحق لا بهذه الصفة ، وأما الصحاح فهي وصفه ، بدلالة : أن الثمن لا يوجد مع انتفائها عنه .

١٢٣٠٧ - قالوا : كل واحد منهما يدعي عقدًا غير العقد الآخر ؛ فصار التأجيل في المجلس .

---

(١) في (ص) : [وللاختلاف] .

(٢) في جميع النسخ : [المتبايعين] ، والمثبت والزيادة : من كتب الحديث . وهذا الحديث أخرجه الشافعي ، في مختصر المزني . « كتاب البيوع » ، « باب اختلاف المتبايعين الخ « ص٨٦ ، السنن المأثورة ، « كتاب البيوع » (ص) ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، الحديث (٢٤٤) ، وأحمد في المسند ، (٤٦٦/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، « كتاب البيوع والأقضية » ، « في البيعين يختلفان » (١٠٠/٥) ، الحديث (١) ، والترمذي في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء : إذا اختلف البيعان » (٥٦١/٣) ، الحديث (١٢٧٠) ، والبيهقي في الكبري ، « كتاب البيوع » ، « باب اختلاف المتبايعين » (٣٣٢/٥) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الخيار » (٦٧١/٢) ، الحديث (٨٠) ، ومحمد في موطئه « باب الاختلاف في البيع ما بين البائع والمشتري » (ص) ٢٧٨ ، الحديث (٧٨٦) . راجعه في : مصنف عبد الرزاق (٢٧١/٨ ، ٢٧١) ، الحديث (١٥١٨٥) ، سنن ابن ماجه (٧٣٧/٢) ، الحديث (٢١٨٦) ، سنن الدارقطني (٢٠/٣ ، ٢١) ، السنن الكبرى (٣٣٣/٥) .

(٤) في جميع النسخ : [يفرق] ، لعل الصواب : [ففرق] .

(٥) في (ص) ، (م) : [وفي رؤية الهلال] ، والمثبت من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فهما] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والعلة] بالعين المهملة .

١٢٣٠٨ - قالوا : الدليل علي أن البائع يدعي أن بينته تقبل علي إسقاط التأجيل ، وعندكم لا تقبل بينة المدعي عليه [١] .

١٢٣٠٩ - قلنا : هو مدعي عليه في الأجل ، لكن بينته تقبل ؛ لأنها لم تتضمن إسقاط دعوي المشتري ، فهو كالمدعي عليه إذا أقام البينة أن المدعي أبرأ .

١٢٣١٠ - قالوا : الاختلاف في الأجل اختلاف في مقدار العوض ؛ لأن الأجل يأخذ قسطا من الثمن [٢] ، بدلالة : أن المبيع يباع بثمن مؤجل أكثر مما يباع بثمن حال .

١٢٣١١ - قلنا : الأجل مضيّ الزمان ؛ فلا يجوز أن يكون له قسط من الثمن ، وإن زيد الثمن لأجله ، كما أن فَلَسَ المشتري يزيد الثمن لأجله وليس للمفلس حظ في الثمن .

١٢٣١٢ - ولأنه لو قال : بعتك من سنة ، وقال المبتاع : بعتني منذ شهر ، وبه عيب يمكن حدوث مثله في أكثر من شهر ؛ لم يتحالفا ، وإن كانت الأزمان يقابلها قسط من الثمن على [٣] عود قولهم ؛ لأن المبيع في المواسم والأعياد يكون أكثر من الثمن في غيرها .

* * *

---

(١) [عليه] زيادة أثبتناها لإقامة المعنى .

(٢) قاعدة : « الاختلاف في الأجل اختلاف في مقدار العوض ، لأن الأجل يأخذ قسطا من الثمن » .

(٣) لفظ : [علي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .



مسألة ٦٣٢

موت المتبايعين أو أحدهما بعد قبض المبيع ، واختلاف الورثة في الثمن

١٢٣١٣ - [قال أصحابنا [١] : إذا مات المتبايعان أو [٢] أحدهما وقد قُبِض المبيع ، ثم اختلف الورثة في الثمن فلا تحالف ، وإن كان المبيع في يد البائع أو ورثَته ثبت التحالف استحسانًا [٣] .

١٢٣١٤ - وقال الشافعي : يثبت [٤] التحالف في جميع الأحوال [٥] .

١٢٣١٥ - لنا : قوله عليه [الصلاة] والسلام : « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع أو يترادان » [٦] .

فشرط في التراد اختلافهما [٧] ، وهذا لا يوجد في اختلاف ورثتهما .

١٢٣١٦ - ولأنه اختلاف من غير المتعاقدين ؛ فلا يوجب التحالف بعد قبض المبيع . أصله : إذا اختلف الموكلان والوكيلان يتصادقان ، وإذا لم يكن للبائع ورثة وضع ماله في بيت المال .

---

(١) الزيادة أثبتناها تمشيا مع منهج المصنف .

(٢) لفظ : [أو] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٣) قال السمناني : « وإذا كان البائع قد مات ، واختلف في الثمن ورثة البائع والمشتري ، فالقول قول ورثة البائع إن كان المبيع في أيديهم ، والقول قول المشتري إن كان المبيع في يده ، وكذلك لو مات المشتري وبقي البائع ، كان القول قول الذي في يده منهم ، وهذا استحسان ، والقياس في هذا والأول سواء ، أن يكون القول قول المشتري في ذلك كله ، فتركوا ذلك للأثر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد والشافعي : يتحالفان ويترادان » .

راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة ، « فصل : اختلاف ورثة البائع والمشتري في الثمن » (٣٦٨/١ ، ٣٦٩) ، مسألة (١٩٠٣ ، ١٩٠٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : النكت ورقة (١٤٢) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٧٧/١٣ ، ٧٨) ، حلية العلماء (٣٣٠/٤) .

(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة السابقة .

(٧) في (م) ، (ع) : [شرط في التراد لاختلافهما] ، مكان المثبت .

١٢٣١٧ - ولأن من لا يملك الزيادة في الثمن لا يملك الفسخ بالتحالف بعد القبض ، أصله : الوكيل بالقبض [١] .

١٢٣١٨ - احتجوا : بأن كل عين توجهت على المورث توجهت على الوارث ، أصله : المشتري [٢] .

وكذلك إذا كانت الدعوى من دين ، أو عين ، أو بيع ، أو قبض ، أو إبراء .

١٢٣١٩ - قلنا : إن كان التعليل للوجوب كما إذا انتقل ميراثه إلى بيت المال ، فإنه ينتقل عندهم ميراثًا ، ولا يستخلف الوارث ، ولذلك [٣] يبطل إذا كان الوارث صدق المدعي والميت كان يكذبه ، وإذا ادعي على الميت القذف ، وإن كان التعليل للجواز ؛ قلنا بموجبه إذا كان المبيع لم يقبض .

١٢٣٢٠ - والمعنى فيما ذكروه : أنه يدعي على الورثة الاستحقاق ، فكذلك [٤] استخلص في مسألتنا بعد القبض يدعي عليهم استحقاقا متي سقطت اليمين ، كما لو ادعي المورث علي الميت ، ولهذا نقول : إن المبيع إذا كان في أيديهم حلفوا ؛ لأن المشتري ادعي استحقاق اليد بما يدعيه من الثمن .

١٢٣٢١ - فإن قيل : لم يستحلف الميت .

١٢٣٢٢ - قلنا : ذلك استحسانًا ؛ ولأنه يستحلف أن يقع العقد واحدًا لمعنى لا يقوم الوارث فيه مقامه .

١٢٣٢٣ - قالوا : ما تحالف فيه المتعاقدان تحالف فيه ورثتهما ؛ أصله : إذا كان المبيع في يد ورثة البائع .

١٢٣٢٤ - قلنا : يبطل باللعان ؛ فلا تحالف عندهم ، ولا يثبت من الورثة .

١٢٣٢٥ - ولأن المبيع إذا كان المدعي [٥] في أيديهم ؛ فالمشتري يدعي حقًّا عليهم ، وليس وجوب التسليم فيما [٦] يدعي من الثمن ، وإذا كان المبيع في يده ، فهو لا يدعي حقًّا عليهم .

---

(١) قوله : [بالقبض] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قاعدة : « كل عين توجهت على المورث توجهت على الوارث » .

(٣) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .	(٤) في (ص) : [فلذلك] .

(٥) في (ص) : [البيع] ، مكان : [المبيع] ، وفي جميع النسخ : [إذا كان المدعي] ، وإثبات : [المدعي] ، والصواب : [حذفه] .	(٦) في (م) ، (ع) : [مما] .



عند التحالف بمن يبدأ ؟

١٢٣٢٦ – قال في الأصل : ويبدأ بيمين البائع في قول أبي يوسف ، ثم رجع فقال : يبدأ بيمين المشتري .

١٢٣٢٧ – قال أبو طاهر [١] : قول أبي حنيفة : إنه يبدأ بيمين البائع ، ردني إلي ذلك [٢] أبو الحسن في الجامع ، فقال : الذي يبدأ به في اليمين البائع في رواية الأصل ، وذكر الحسن بن زياد ، عن أبي حنيفة في « المجرد » [٣] « أنه يبدأ بيمين المشتري .

١٢٣٢٨ – وذكر في « المنتقي [٤] « رواية عن أبي حنيفة : أنه يبدأ بيمين البائع [٥] .

١٢٣٢٩ – وقال الشافعي في « البيوع » : يبدأ بيمين البائع ، وفي « السلم » : بيمين المسلم إليه ، وفي « الكتابة » : بيمين المولي ، وفي « النكاح » : بيمين الزوج ، وقال في « الدعوي « : بأيهما بدأ الحاكم جاز .

---

(١) هو القاضي محمد بن محمد بن سفيان ، أبو طاهر الدباس . قال الصيمري : هو من أقران أبي الحسن الكرخي ، « وكان أكثر أخذه عن القاضي أبي حازم ، ويوصف بالحفظ ومعرفة الروايات ، ولي القضاء بالشام ومات به » . راجع : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ، في الجواهر المضية (٣٢٣/٣ ، ٣٢٤) ، الترجمة (١٤٨٩) ، الفوائد البهية ص ١٨٧ .

(٢) في (م) ، (ع) : [رد ذلك] . المراد بأبي الحسن : هو عبيد الله بن الحسين الكرخي ، ولعل المراد بالجامع شرح أحد الجامعين : الصغير والكبير لمحمد بن الحسن الشيباني ؛ لأن له المختصر ، وشرح الجامعين ، فيما ذكره المؤرخون .

(٣) في جميع النسخ : « وذكر أبو الحسن ، عن أبي حنيفة في المجرد » ، وهو سهو ، يبدو من السياق أن تصويبه ما أثبتناه .

(٤) كتاب « المنتقي » : تصنيف محمد بن محمد بن أحمد ، الشهير بالحاكم الشهيد المروزي ، المتوفي سنة أربع وأربعين وثلاثمائة ، وله الكافي ، وهما أصلان من أصول المذهب الحنفي بعد كتب محمد بن الحسن الشيباني . راجعه في : الفوائد البهية ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٥) قال السمناني : « وذكر أن الحسن بن زياد روي عن أبي حنيفة أنهما إذا اختلفا في الثمن يُبْدَأُ بالمشتري ، وإن اختلفا في المبيع يبدأ بالبائع » ، وفي مجمع الأنهر : يبدأ بيمين المشتري في قول محمد ، وزفر ، وأبي يوسف آخرًا ، وهو رواية عن الإمام ، وهو الصحيح . وقول أبي يوسف الأول مثل قول الشافعي : يبدأ بيمين البائع . راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة « فصل : من الذي يبدأ به في اليمين » (٣٥٧/١) ، مسألة (١٨٣٨ - ١٨٤١) ، مجمع الأنهر « كتاب الدعوي » ، « باب التحالف » (٢٥٣/٢) .

١٢٣٣٠ - فمن أصحابه من قال : في البيع ثلاثة أقوال ، أحدها : يبدأ بيمين البائع ، والثاني : بيمين المشتري ، والثالث : الحاكم بالخيار .

١٢٣٣١ - ومنهم [من] [1] قال : يبدأ بيمين البائع قولًا واحدًا [2] .

١٢٣٣٢ - لنا : قوله عليه [الصلاة] والسلام : « واليمين علي من أنكر » [3] .

١٢٣٣٣ - وظاهره يقتضي [4] : أن لا يمين إلا على المشتري المنكر لزيادة الثمن .

١٢٣٣٤ - ولأنه عقد فيه عوض ، والبداية المختلف في هذه بداية بعوض [5] ، كالنكاح .

١٢٣٣٥ - ولأنه اختلاف أوجب التحالف ؛ فوجب أن يبدأ بيمين من [6] عليه البدل ، أصله : سائر [7] الديون .

١٢٣٣٦ - ولا يلزم : المسلم فيه ؛ لأنه لا يثبت معجّلًا ، ولا الصرف ؛ لأنه لا يثبت مؤجّلًا .

١٢٣٣٧ - احتجوا : بما روي أن ابن مسعود ﷺ « أتي بسلعة تبايعها اثنان ، فقال هذا : بعتها بكذا ، وقال هذا : أخذتها بكذا ، فقال : حضرت النبي ﷺ في مثل هذا ، فأمر البائع أن يحلف ثم يختار المبتاع [8] إن شاء أخذ وإن شاء ترك » [9] .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : النكت ورقة (١٤٢ أ) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٤٩/١٣ ، ٥٠ ، ٥٣ ، ٥٦) ، حلية العلماء (٤٢٢/٤ ، ٤٢٣) ، بداية المجتهد ، (٢٠٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٥٠ .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، « كتاب الحدود والديات وغيره » (١١٠/٣ ، ١١١) ، الحديث (٩٨ ، ٩٩) ، وفي « كتاب في الأقضية والأحكام » ، في « المرأة تقتل إذا ارتدت » (٢١٧/٤ ، ٢١٨) ، الحديث (٥١ ، ٥٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الدعوي والبينات » ، « باب البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه » (٢٥٢/١٠) .

(٤) لفظ : [يقتضي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) : [والبداية ... إلخ] بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) لفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [تباين] ، مكان : [سائر] .

(٨) في (ع) : [أن يحلف] ، مكان : [يستحلف] وفي (ص) : [المتاع] ، مكان : [المبتاع] .

(٩) رواه أحمد عن الشافعي : « بلفظ حضرت أبا عبيدة بن عبد اللّٰه بن مسعود وأتاه رجلان يتبايعان سلعة ، فقال هذا : أخذت بكذا وكذا ، وقال هذا : بعت كذا وكذا ، فقال أبو عبيدة أتي عبد اللّٰه بن مسعود في مثل هذا ، فقال : حضرت رسول اللّٰه ﷺ أتي في مثل هذا ، فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك » ، في المسند (٤٦٦/١) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « اختلاف المتبايعين في الثمن » (٣٠٣/٧) ، والبيهقي في الكبري « كتاب البيوع » ، « باب اختلاف المتبايعين » (٣٣٢/٥ ، ٣٣٣) .

١٢٣٣٨ - قالوا : ذكر هذا النيسابوري من الزيادات .

١٢٣٣٩ - قلنا : يحتمل أن يكون البيع وقع في سلعة بسلعة اتفقا في أحد العوضين، واختلفا في الآخر ، فسمي الراوي من باع السلعة المتفق عليها بائعًا والآخر مبتاعًا ، وإن [1] كان كذلك فالحاكم يأخذ في التحالف ، ويجوز أن يكون عليه [الصلاة] والسلام استحلف المشتري أولًا ، ثم استحلف البائع ، فلما حلفا خير المشتري من الآخر بما قال البائع في الفسخ . ولم ينقل ابن مسعود يمين المدعي ؛ لأنها هي الأصل، وهي معلومة لا تشكل ، وإنما نقل ما استفيد بخبر التحالف بين هذا ؛ لأنه لم يذكر بعد البائع يمينًا في حق [2] المبتاع .

١٢٣٤٠ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع [3] » ، فخصه بالذكر ، ونحن نعلم أن القول قول المشتري أيضًا ، ففائدة تخصيص البائع بالذكر : التقديم .

١٢٣٤١ - قلنا : إنما خص البائع ؛ لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل [4] ، وقد استفيدت بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « البينة على المدعي [5] واليمين علي من أنكر » ، فسكت عما تقدم بيانه واستقر العلم فيه ، وبين ما يشكل ، ولم يتقدم ما يدله .

١٢٣٤٢ - وقد قيل : قوله ﷺ : « فالقول ما قال البائع » ، معناه : أن القول قوله من تقدير [6] الثمن ، فإن رضي المشتري به ، وإلا : رد بالتحالف .

١٢٣٤٣ - قالوا : جنبة [7] البائع أقوي ؛ لأن المنع يعود إليه ، فكان أولي بالتقديم ، ولهذا قال في النكاح : يبدأ بالزوج ؛ لأن البضع يرجع إليه بعد التحالف .

١٢٣٤٤ - قلنا : المشتري يعود إليه الثمن ، كما يعود إلي البائع المبيع ؛ فيجب أن تكون جنبته [8] أقوى من هذا الوجه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [وإذا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [حبسه] ، وفي (ص) : في جنبة ولعل الأصوب ما أثبتناه .
(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٢) .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يشكل] .
(٥) قوله : [البينة على المدعي] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (ص) : [من نقد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [حبسه] .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن يكون حبسه] .

مسألة ٦٣٤

بيع المتعاقدين عبدا بثمن حال واختلافهما في البداية بالقبض

١٢٣٤٥ - قال أصحابنا : إذا باع عبدًا بثمن حال ، واختلفا في البداية بالقبض : كان على المشتري تسليم الثمن أولا ، ثم على البائع تسليم المبيع [(١)] .

١٢٣٤٦ - وحكى الشافعي في « الأم » أقوالًا كثيرة [(٢)] ، وذكر أنه يختار منها أحد قولين .

١٢٣٤٧ - فمن أصحابه من قال : فيها ثلاثة أقوال ، أحدها : يجبر [(٣)] كل واحد منهما علي إحضار ما عليه ، والثاني : لا يجبر واحد منهما ، فأيهما [(٤)] تطوع بالدفع أجبر الآخر علي التسليم ، [والثالث : يُجْبِر الحاكم أيهما شاء علي التسليم ، فإذا سلم أجبر الآخر علي التسليم] [(٥)] .

لنا : حديث عمر : « أن النبي ﷺ قال : ثلاثة لا تؤخر [(٦)] : الدين إذا وجد ما يقضيه » [(٧)] .

والثمن دين ، ولا يجوز للمشتري تأخير قضائه .

ولأنها عين [(٨)] محبوسة بدين ، فوجب أن لا يجبر على تسليمها قبل قضائه ، كالرهن .

١٢٣٤٨ - فإن قيل : المعتبر في الرهن أن تسليمه لا يستفاد به حكمًا في الدين بل ينقص بتسليم الوثيقة ، وذلك يوجب نقصان الدين .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء ، (٤٠/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » (٢٣٧/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، (٢٩٦/٦ ، ٢٩٧) ، البناية مع الهداية (٧٠/٧ ، ٧١) ، مجمع الأنهر (١٩/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار ، (٤٣/٤) .

(٢) في صلب (ص) : [ثلثا] ، وفي الهامش : [كثيرة] ، من نسخة أخري .

(٣) في (م) : [أصحابنا] ، مكان : [أصحابه] ، وفي (م) ، (ع) : [يخير] ، مكان : [يجبر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يخير] ، مكان : [لا يجبر] ، و [فانهما] ، مكان : [فأيهما] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، (٨٤/١٣ - ٨٧) ، حلية العلماء (٣٣٦/٤ - ٣٣٩) ، قوانين الأحكام الشرعية ، (ص) ٢٤٩ ، المغني (٢١٨/٤ ، ٢١٩) .

(٦) في (م) : [لا يؤخر] .

(٧) لم نقف على هذا الحديث .

(٨) في (م) ، (ع) : [غير] .

١٢٣٤٩ - وأما تسليم المبيع : فإنه يستفاد به حكم في الثمن ، وهو أنه يستحق قبضه بالإجماع فكذلك [١] تسلم المبيع وتسليمه [٢] .

١٢٣٥٠ - قلنا : وتسليم المبيع يبطل الوثيقة للبائع ، وفي ذلك نقصان الثمن ، فإنما استفاد به قبض الثمن بالإجماع ، وتقديم الثمن مستفاد به وجوب قبض المبيع بالإجماع أيضًا .

١٢٣٥١ - فإن قيل : تسليم الرهن يؤدي إلى ضعف الدَّين [٣] ؛ لأنه يصير بغير وثيقة ، وتسلم المبيع يستقر به الثمن .

١٢٣٥٢ - قلنا : تسليم الرهن يضعف به الدين من حيث الوثيقة ويؤمن [٤] به سقوط الدين بالهلاك ؛ لأن هلاك [٥] الرهن عندنا يسقط الدين ، فتسليم المبيع مثله ؛ لأن الدين يضعف إذا كان المبيع محبوسًا [٦] ، فإذا سلمه تأكد الثمن من حيث الاستقرار ، وضعف لزوال التوثق وهما سواء .

١٢٣٥٣ - ولأنه عقد معاوضة ثبت فيه البيع ببدله ؛ فلم يجب استيفاء المبدل قبل البدل ، كالنكاح .

١٢٣٥٤ - قالوا : أن إقباض المبيع يستقر به العقد ؛ لأنه لا يخشي فساده بهلاكه ، وإقباض الثمن لا يستقر به العقد ؛ لأنه يخشي فساد العقد بهلاكه كالسلعة قبل القبض ، فكان تقديم ما يستقر به العقد أولي من تقديم ما لا يستقر معه العقد .

١٢٣٥٥ - قلنا : ما تم قبضه وإن استقر معه العقد فإن حق البائع يسقط من الوثيقة والحبس سبب [٧] التوثق ، فلا يخلو أن يعتبر الاستقرار لحق البائع أو المشتري ، فإن كان لحق البائع : فلا يجوز إثبات ذلك مع امتناعه ، وإن كان لحق المبتاع : فلا يجوز أن يسقط حق البائع من الوثيقة ليوفي المبتاع حقه من استقرار العقد .

---

(١) في (ص) : [فلذلك] .

(٢) في جميع النسخ : [وأما تسليم المبيع تسليمه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [ضعف الدين من حيث الوثيقة ويؤمر به سقوط الدين بالهلاك] ، مكان : [ضعف الدين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يؤمر] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا كهلاك] ، مكان : [لأن هلك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يسقط الدين عندنا بتسليم] ، مكان : [عندنا يسقط الدين ، فتسليم] ، و [إذا المبيع محبوس] ، مكان : [إذا كان المبيع محبوسًا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

١٢٣٥٦ - ولأن الدخول في النكاح يستقر به المهر ، وتقديم تسليم مهر المثل لا يوجب استقراره ، ثم لا يجب تقديم الدخول حتى يستقر به المهر ، كذلك هذا .

١٢٣٥٧ - قالوا : الأصول موضوعة علي المساواة بين المتعاقدين [١] ، بدلالة : أن كل واحد منهما يملك آخر الوقت الذي يملك الآخر ويرد بالعيب علي الوجه الذي يرد الآخر .

١٢٣٥٨ - وإقباض المبيع أولًا أقرب إلى التسوية بينهما من وجهين ، أحدهما : أن البائع قد ملك التصرف بالعقد والإبراء والحوالة ، وأخذ البدل عنه ، والمشتري لم يملك التصرف في المبيع قبل القبض ، فإذا قبض المبيع ملك المشتري التصرف فيه وساواه فيه .

والثاني : قبل قبض الثمن لا يخشي البائع فساد البيع لمعني [٢] يعود إلي الثمن ، والمشتري يخشي فساد العقد من جهة البائع ، كما أمن [٣] البائع فساد العقد من جهة المشتري ، فإذا قبض أولًا لم يحصل هذا [٤] المعني فكان قبض البيع [٥] أولًا .

١٢٣٥٩ - قلنا : نحن نسلم وجوب التساوي ما أمكن ، وتقديم قبض الثمن أقرب ؛ لأن المبتاع ملك المبيع وتعين حقه فيه ، فيجب أن يساويه البائع في تعيين [٦] حقه في الثمن ، وذلك لا يكون إلا بقبضه .

١٢٣٦٠ - فأما التساوي في التصرف : فالبائع بالعقد ملك التصرف من وجه مخصوص ، وهو البراءة والتمليك من المشتري ، والمشتري أيضًا يملك التصرف من وجه دون وجه ؛ لأنه يملك العتق ، وإن كان عقارًا جاز بيعه ويملك الهبة والرهن علي قول محمد .

فأما الأمن من فساد العقد فيبطل إذا لم يحضر المشتري الثمن ، فإن البائع لا يؤمر بالتسليم ليتساوى من الوجه الذي ذكروه .

١٢٣٦١ - قالوا : حق المشتري يتعلق بالعين وحق البائع يتعلق بالذمة ، فكان تقديم ما تعلق بالعين أولي ، كالدين الذي به رهن إذا أفلس الراهن كان من تعلق حقه بعين [٧] الرهن أولى مما يثبت في ذمة المفلس ، وكذلك [٨] جناية العبد مقدمة علي ديون مولاه ؛

---

(١) قاعدة : « الأصول موضوعة على المساواة بين المتعاقدين » .

(٢) في (ص) : [بمعني] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كأمن] ، مكان : [كما أمن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بهذا] .

(٥) في (ص) : [البيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تعين] .

(٧) في النسخ جميعها لغير ، وهو تحريف .

(٨) في (ص) : [ولذلك] .

لأنها (١) متعلقة بالعين .

١٢٣٦٢ - قلنا : يبطل بالنكاح إذا كان المهر في الذمة فتقديمه أولي ، وإن كان حق الزوج تعلق بعين (٢) البُضْع .

١٢٣٦٣ - قالوا : قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إن البائع قد اعترف بأن المبيع مال لغيره في يده ، فالمشتري قد تعين ملكه ، والبائع ما تعين ملكه ، فكان صاحب العين القائمة مقدمًا (٣) علي صاحب الدين ، كمن عليه دين في ذمته وغصب في يده فأحضر عند الحاكم يأمره بتسليم الغصب ، ثم يأمرُ بتسليم ما في الذمة .

١٢٣٦٤ - قلنا : هذا يبطل إذا لم يحضر المبتاع الثمن ، ثم نقلب هذه الطريقة فنقول : المشتري يعترف بدين في ذمته يقدر علي تأديته ، وله في يد صاحب الدين عين حصلت في يده بحق ، فصار كما لو كان في يده وديعة ، فإن القاضي يأمره بتسليم الدين ولا ينظر بالدين تسليم الوديعة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) ، وصلب (ص) : [لكنها] ، والمثبت من هامش (ص) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بغير] . (٣) في (م) ، (ع) : [مقدم] .



حكم بيعه عبده وعبد غيره

١٢٣٦٥ - قال أصحابنا : إذا باع عبده وعبد غيره ، صح البيع في عبده [١] .

١٢٣٦٦ - وقال الشافعي في أحد قوليه : بطل البيع فيهما .

١٢٣٦٧ - فإن زوجه أجنبية وذات رحم ، أو رهنه عبده وعبد غيره [٢] أو وهب له عبده وعبد غيره ، ففيه وجهان ، أحدهما : يبطل في الجميع ، والآخر : يصح علي الانفراد ، ويبطل في الآخر [٣] .

١٢٣٦٨ - لنا : أن رق المعقود عليه موجود جائز [٤] فيهما ، والمعني المانع من نفوذ العقد وجد من أحدهما ، فصار كمن باع عبديه [٥] وشرط الخيار في أحدهما .

١٢٣٦٩ - ولأنه جمع بين شيئين يصح العقد علي كل [٦] واحد منهما ؛ فإذا بطل العقد [٧] من أحدهما جاز أن يصح في الآخر ، كمن باع عبديه ومات أحدهما قبل القبض .

١٢٣٧٠ - ولأنه عقد على عبده وعبد غيره عقدًا لو أفرد في عبده جاز ، فوجب أن ينفذ العقد في عبده ، كالحاكم إذا باع عبده وعبد المفلس ، وهذه مبنية علي أصلنا : أن عبد الغير ينعقد عليه العقد ويقف علي إجازة مالكه ، فإذا رد فقد فسد العقد في أحد العبدين بمعني طارئ ، فلا يفسد في الآخر ، كما لو مات أحدهما .

---

(١) وقال زفر : فسد البيع فيهما . راجع المسألة في : روضة القضاة ، « باب من البيوع الفاسدة » (٣٩٨/١) ، مسألة (٢٠٧٣ ، ٢٠٧٤) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلي المعقود عليه » (١٤٥/٥) ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية « باب بيع الفاسد » (٤٥٦/٦) .

(٢) قوله : [وعبد غيره] ساقط من (ع) .

(٣) راجع : المهذب مع المجموع ، « باب تفريق الصفقة » (٣٧٩/٩ ، ٣٨١) ، حلية العلماء « باب تفريق الصفقة » ، (١٣٨/٤ ، ١٤١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص ٢٦٣ ، المغني « فصل : في تفريق الصفقة » (٢٦٢/٤ ، ٢٦٣) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٣١٧/٤ ، ٣١٨)

(٤) الرِّق ، بالكسر : الملك والعبودية ، يعني : ملك المعقود عليه موجود فيهما . ولفظ : « جائز » ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عبده] .

(٦) لفظ : [كل] ، ساقط من صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

(٧) لفظ : [العقد] ساقط من صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

١٢٣٧١ - احتجوا : بأنه باع ما يملك تمليكه وما لا يملك تمليكه ، فوجب أن يبطل في الجميع ، كمن باع عبدًا وحرًا .

١٢٣٧٢ - قلنا : هناك وقع العقد علي ما لا يجوز أن يملكه [فقارن الفساد الصحيح فأثر فيه ، وههنا ما وقع علي ما يجوز أن يملك به] (١) فالفساد فيه لم يقارن العقد ، وإنما حصل بعقد الإجازة (٢) ، فلذلك صح العقد في الصحيح .

١٢٣٧٣ - والدليل على أن عبد الغير يملك بهذا العقد : أن مالكه لو أجاز أو حكم حاكم بذلك [جاز] من حين الحكم ... (٣) .

١٢٣٧٤ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الحاكم إنما يحكم بالعقد وينفذه ، وقد تقدم عقد قد تناوله التنفيذ ، فلا يجوز أن ينتقل الملك بحكمه .

١٢٣٧٥ - ولأنه إذا جمع بين شيئين بعقد واحد ، فكل واحد منهما مشروط في الآخر (٤) .

١٢٣٧٦ - وفي مسألة العبدين صح عقده في عبده (٥) ، وعلق تمامه بشرط يجوز أن يوجد ، وهو جواز العقد الآخر ، فصار كمن باع عبدًا وشرط الخيار لنفسه أو للمشتري أو لأجنبي .

١٢٣٧٧ - وفي مسألة العبد والحر علق تمام العقد في العبد بتمامه في الحر وذلك محال ، فصار كمن باع عبدًا على أن الخيار لجميع الناس لما لم يجز أن يوجد خيارهم لم يجز أن يقف العقد عليه .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [الإجارة] ، بالراء المهملة ، وفي (م) ، (ع) هكذا ، بالزاء المعجمة ، ولعل صوابه : [بعقد علي الاجازة] ، بزيادة : [علي] .

(٣) سقطت هذه الكلمة [جاز] من جميع النسخ .

(٤) قاعدة : « إذا جمع بين شيئين بعقد واحد فكل منهما مشروط في الآخر » .

(٥) في (ع) : [بيعه] ، مكان : [عبده] .


مسألة ٦٣٦

حكم بيع الحر والعبد معا

١٢٣٧٨ - قال أبو حنيفة : إذا باع حرا وعبدًا بطل البيع في العبد سواء أفرد كل واحد بثمن أو سمى ثمنًا واحدًا .

١٢٣٧٩ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : إن سمي الثمن جملة : بطل فيهما ، وإن سمي لكل أحد ثمنًا : جاز في العبد [(١)] .

١٢٣٨٠ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يجوز العقد في العبد بحصته من الثمن ، وفي قول آخر : بجميع الثمن [(٢)] .

١٤٥/أ ١٢٣٨١ - لنا أنها / صفقة اشتملت علي الحر وغيره ، فبطل العقد في جميعها ، كمن باع عبدًا وكلبًا .

١٢٣٨٢ - ولأنه عقد يجوز أن يبطل بالشرط ، فإذا جمع فيه بين حر ومملوك جاز أن يبطل في المملوك لأجل الحر ؛ أصله : إذا تزوج أمة وحرة في عقد واحد .

١٢٣٨٣ - ولأنها صفقة تضمنت ما لا يدخل تحت البيع بحال وما يصح دخوله ، فوجب أن يبطل البيع فيهما . أصله : إذا باع حرًا وعبدًا على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر .

١٢٣٨٤ - ولأن الصفقة اشتملت علي الصحيح والفاسد ، والفساد في نفس المعقود ، فكان نوع فساد [(٣)] لا يصح معه العقد بحال .

١٢٣٨٥ - ولا يلزم : إذا جمع بين عبد ومدَّبر ، أو أم ولد ، أو مُكاتب ؛ لأن نوع هذا الفساد يرتفع من العقد بحكم حاكم .

---

(١) راجع : روضة القضاة (٣٩٨/١) ، مسألة (٢٠٧٠ - ٢٠٧٢) ، بدائع الصنائع (١٤٥/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية (٤٥٦/٦) ، وفي النسخ جميعها [عبد] بدل [أحد] وهو تحريف .

(٢) قال النووي : « القسم الثاني : أن لا يكون متقومًا ، وهو نوعان ، أحدهما : يتأتي تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة ، كمن باع حرًا وعبدًا ، فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقًا ، وفي هذا النوع طريقان ، أصحهما الصحة ، والطريق الثاني القطع بالفساد » . راجع : المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٣٧٩/٩ - ٣٨١) ، حلية العلماء (١٣٨/٤ - ١٤٢) .

(٣) في (ص) : [وإن كان نوع فساد] ، وفي غيرها : [وأن نوع الفساد] ، وهو تحريف والصواب ما أثبتناه .

١٢٣٨٦ - ولا يلزم : إذا أسلم ثوبا في هروي [(١)] ومروي ؛ لأن الربا نوع لا يصح معه البيع بحال ، والنساء في الجنس عندنا من نوع الربا .

ولا يلزم : إذا أسلم إليه ألف درهم في كر ، خمسمائة نقدًا وخمسمائة دَينًا له في ذمته ؛ لأن الفساد لم يحصل [(٢)] في العقد وإنما طرأ عليه ، بدلالة : أنه لو نقده الخمسمائة الأخرى في المجلس جاز ، وإنما بطل العقد بالافتراق ، وهذا معني طارئ بعد الانعقاد .

١٢٣٨٧ - ولا يلزم : من جمع بين عبده وعبد غيره ؛ لأن العقد صحيح في عبد الغير ويتم العقد فيه بالإجازة ، وإنما يبطل لعدم الإجازة ، وذلك معني طارئ علي العقد .

١٢٣٨٨ - ولا يلزم : إذا اشترى [عبدًا] [(٣)] فباعه قبل أن يقبضه مع عبد آخر ؛ لأن البيع فاسد [(٤)] عند زفر .

١٢٣٨٩ - وقال أبو يوسف : يصح في المقبوض ، وليس عن أبي حنيفة خلاف ما قال زفر .

١٢٣٩٠ - ولا يلزم : إذا اشترى عبدًا بألف نسيئة ، ثم باعه مع [(٥)] عبد آخر بألف ؛ لأن هذا النوع يرتفع من العقد [(٦)] بحكم حاكم لاختلاف الناس .

١٢٣٩١ - ولا يلزم : إذا اشترى عدلًا علي أن [(٧)] فيه خمسين ثوبًا ، كل ثوب بعشرة ، فوجده تسعة وأربعين جيدة [(٨)] ؛ لأن من أصحابنا من قال : عند أبي حنيفة يفسد البيع في الجميع مثل مسألتنا ، واستدل بما قال في « الجامع الكبير » : إن من اشتري ثوبين هرويين بعشرة فأصاب أحدهما قوهيا [(٩)] ؛ فسد العقد فيهما ، ولو كان [(١٠)] سمي لكل واحد

---

(١) في (ص) : [قوهي] ، مكان : [هروي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .

(٣) [عبدًا] ساقطة من النسخ جميعها .

(٤) في (م) ، (ع) : [فاسد فيها] ، بزيادة : [فيها] .

(٥) في جميع النسخ : [من] ، المثبت من هامش (ص) .

(٦) في (م) ، (ع) : [من العقد يصح] ، بزيادة : [يصح] .

(٧) قوله : [علي أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) : [حيدة] بدون نقطة الجيم .

(٩) في (م) ، (ع) : [فوهيا] . االقوهي : ضرب من الثياب بيض . هكذا في المعجم الوسيط (٧٧٤/٢) ، المراد به : وجد أحدهما غير هروي .

(١٠) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

ثمنًا ؛ جاز العقد في الهروي عند أبي يوسف ومحمد ، وبطل عند أبي حنيفة فيهما ، [وإذا كان فسد العقد فيهما لفقد صفة أحدهما فلأن يفسد فيهما] (١) بفقد الموصوف أولى .

١٢٣٩٢ - ومن أصحابنا من قال : البيع جائز في الموجود ؛ لأنه لم يقصد إلي بيع المعقود ، وإنما باع الموجود وغلط في عدده .

١٢٣٩٣ - وفي مسألتنا : فسد العقد على الحر وذلك لا يحلل (٢) .

١٢٣٩٤ - احتجوا : بأنهما عينان لو أفرد كل واحد منهما بالعقد خالف حكم أحدهما حكم الآخر ، فإذا جمع بينهما صفقة واحدة ؛ وجب أن يكون علي تلك (٣) المخالفة . أصله : إذا باع شقصًا وسيفًا ، والشقص يؤخذ بالشفعة .

١٢٣٩٥ - قلنا : يبطل إذا باع (٤) صاعًا ودرهمًا بصاع ، أنه لو أفرد بيع الصاع بحصته وأفرد الدرهم بحصته خالف حكمُ أحدهما حكمَ الآخر ، فإذا جمع بينهما بطل العقد فيهما ولم يختلف حكمهما .

١٢٣٩٦ - فإن قيل : معنى قولنا : « فإذا جمع بينهما » ، يعني : إذا جمع علي الوجه الذي أفرد .

١٢٣٩٧ - قالوا : وبذلك (٥) نقول ؛ لأنه لو أفرد كل واحد بالتسمية اختلف حكمهما ، فإذا جمعهما فسد لجهالة الحصة .

١٢٣٩٨ - قلنا : جهالة الحصة في الصاع لا تمنع (٦) جواز البيع ، كما لو باع صاعًا وثوبًا بدرهم .

ثم لا نسلم في مسألتنا : أنه جمع علي الوجه الذي أفرد ؛ لأنه إذا أفرد (٧) بالفاسد ليس بشرط في الصحيح ، وإذا جمعهما صار أحدهما شرطًا في الآخر .

١٢٣٩٩ - قالوا : إذا باع حرًا وعبدًا وأحدهما مما لا يصح بيعه والآخر يصح ، فليس حمل الباطل علي الصحيح بأولى من حمل الصحيح على الباطل فتقابلا من غير

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يحل] . (٣) في (ص) : [ملك] .

(٤) قوله : [إذا باع] ساقط من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وكذلك] ، وفي (ص) : [ولذلك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٧) قوله : [لأنه إذا أفرد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مزية ، وأعطينا كل واحد منهما حكمه إذا انفرد كل واحد .

١٢٤٠٠ - قلنا : لم نحمل [1] أحدهما علي الآخر ؛ لأن المعقود عليه غير موجود في الحر ، فصار العبد ابتداءً مبيعًا بحصته ، وإذا جمع بين عبده وعبد غيره فالمعقود عليه موجود في كل واحد منهما ، فجهالة الحصة تحصل [2] من باقي العبد ، وذلك لا يؤثر ، كبيع العبدين .

١٢٤٠١ - قالوا : عينان لو أفرد كل واحد منهما بالعقد صح في أحدهما ، فإذا جمع بينهما صح فيما يصح منه لو أفرد [3] ، كما لو تزوج أخته وأجنبية .

١٢٤٠٢ - قلنا : يبطل ببيع صاع بدرهم ودرهم .

١٢٤٠٣ - ولأن النكاح لا يؤثر فيه الشروط إذا كان مزيدًا ، وأكثر ما في الجمع بينهما أن الفاسد شَرْطٌ في الصحيح والبيع بخلافه .

١٢٤٠٤ - ولأن إيجاب النكاح في امرأتين كإيجاب العقد في كل واحدة منهما علي الانفراد ؛ بدلالة : أنه يجوز أن يفردها بالقبول ، فلم يؤثر فساد أحدهما في الآخر [4] ، والبيع جمعه إيجاب واحد وبعضه مشروط في بعض ، بدلالة : أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالقبول ، فصارا كالشيء الواحد .

١٢٤٠٥ - قالوا : باع ما ينفذ فيه بيعه وما لا ينفذ [5] بيعه ، فإذا جمع بينهما وجب أن ينفذ فيما ينفذ فيه [6] إذا انفرد ، كما لو باع عبده وعبد غيره .

١٢٤٠٦ - قلنا : المعنى في الأصل : أن كل واحد منهما يجوز أن يستحق بهذا العقد إذا حصلت الإجازة ، وحكم الحاكم بالفساد في أحدهما لمعني [7] طارئ - وهو عدم الإجازة - لا يفسد الآخر .

١٢٤٠٧ - وفي مسألتنا : أحدهما لا يجوز أن يستحق بهذا العقد بحال ، فصار كالفساد في نفس العقد ، فأثر في الآخر .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يحمل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يحصل] .
(٣) لفظ : [صح] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [انفرد] ، مكان : [أفرد] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالآخر] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وأما ما لا ينفذ] ، بزيادة : [أما] .
(٦) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (ع) : [بمعني] .

فالذي حَكَوْه عن الشافعي : أن العبد يكون مبيعًا بكل الثمن غلط ؛ لأن البدل في البيع [1] لا يثبت إلا بالتسمية ، والمستحب يذل الثمن في مقابلة الشخصين[2] ، فلم يجب أن يلزمه جميعه في مقابلة أحدهما ، وليس كذلك إذا تزوج أجنبية وأخته بألف ، فإن المهر يكون [3] للأجنبية عند أبي حنيفة ؛ لأن المهر يثبت في النكاح بغير تسميته ، فجاز أن يسمي به لا في مقابلة امرأتين ، فيثبت [4] في حق أحدهما من طريق الحكم لا بالتسمية .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [المبيع] .

(٢) في (ص) ، (م) : [شخصين] .

(٣) في (م) : [أن المهر يكون] ، وفي (ع) : [أن يكون المهر] ، مكان المثبت .

(٤) في (ص) : [مقابلته] ، مكان : [مقابلة] ، وفي (م) ، (ع) : [فثبت] ، مكان : [فيثبت] .



الزيادة في الثمن أو المبيع بعد تمام البيع

١٢٤٠٨ - قال أصحابنا : إذا زاد [المشتري] [١] في الثمن بعد تمام البيع ، أو زاد البائع في المبيع زيادة جاز ذلك ولحقت الزيادة بالعقد ، فكأنه وقع علي [٢] الأصل والزيادة .

١٢٤٠٩ - وقال أبو حنيفة : وإن زاد في الثمن وقد هلك المبيع في يده ، أو كان عبدًا فأعتقه ؛ جازت الزيادة أيضًا . وكذلك [٣] إن زاد أحدهما بعد موت الآخر ، أو زاد ورثة أحدهما وورثة الآخر بعد موت المتعاقدين [٤] . هذه رواية الإمام [٥] .

١٢٤١٠ - وقال الشافعي : إذا زاد أحدهما بعد إبرام [٦] العقد لم تصح الزيادة [٧] .

١٢٤١١ - لنا : ما روى سالم بن [أبي] الجعد [٨] ، عن جابر ﷺ ، قال : قضاني [٩] رسول الله ﷺ ثمن جمل وزادني قيراطًا ، فقلت : هذا قيراط زادنيه [١٠]

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [علي] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) : [ولذلك] ، باللام ، مكان : [الكاف] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أو زاد به أحدهما ورثة الآخر بعد ثبوت المتعاقدين] ، مكان المثبت .

(٥) راجع : بدائع الصنائع ، « فصل : وأما حكم البيع » (٢٥٨/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، « باب المرابحة والتولية » (٥١٩/٦ - ٥٢٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلزام] .

(٧) قال الشيرازي : « وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد ، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة » . راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب بيع المرابحة » (٥/١٣) ، حلية العلماء « باب بيع المرابحة » (٢٩٢/٤ ، ٢٩٣) ، بداية المجتهد ، في « القول في الجوائح » ، « الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه » (٢٠٦/٢ ، ٢٠٧) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤٤١/٤ - ٤٤٣) ، الإفصاح « باب بيع المصارة » (٣٤٧/١) .

(٨) قوله : [سالم بن الجعد] ساقط من (م) ، (ع) ، والزيادة ساقطة من (ص) ، وهي في راويا الحديث . وسالم هو : سالم بن أبي الجعد الغطفاني ، الأشجعي ، مولاهم الكوفي ، تابعي ثقة ، وكان ممن يرسل ، مات سنة سبع أو ثمان وتسعين ، وقيل : سنة مائة أو بعد ذلك . راجع : تاريخ الثقات « باب السين المهملة » ص١٧٣، الترجمة (٤٩٦) ، مشاهير علماء الأمصار ، في « ذكر مشاهير التابعين بالكوفة » ص١٧٢ ، الترجمة (٨٠٩) ، تقريب التهذيب (٢٧٩/١) ، الترجمة (٣) .

(٩) في (م) ، (ع) : [قضاي] .

(١٠) في (م) : [زاد منه] .

رسول الله ﷺ لا يفارقني أبدًا ، فلم يزل معي حتى جاء أهل الشام فأخذوه فيما أخذوا يوم الحرّة [١] » .

وروي عن سعيد بن المسيب قال : قال أصحاب رسول الله ﷺ : « وددنا أن نعلم أن عثمان أعطي أحدًا في التجارة ، أو عبد الرحمن بن عوف . اشتري عبد الرحمن من [٢] عثمان أرضا له عليه بثلاثين ألف درهم [٣] علي شرط إن أدركته الصفقة حيًا ، فجاز عبد الرحمن قليلًا [٤] ، ثم رجع وقال : أزيدك ستة آلاف إن جعلت الشرط بيني وبينك إن أدركه رسولى حيًا ، فأجاز ذلك عثمان ، فأدركه رسوله وهو ميت » [٥] ، فهذه زيادة من عبد الرحمن أجازها عثمان بمشهد من الصحابة .

١٢٤١٢ - ولا يقال : إن [٦] البيع بهذا الشرط لا يصح ؛ لأن من الصحابة من قال : « إن [٧] أدركت الصفقة المبيع ثم هلك فهو من مال المشتري » [٨] ، فقد دل الخبر علي أمرين : الدلالة علي إسقاط أحدهما عندنا ، ونفي [٩] الآخر . ذكره الطحاوي .

١٢٤١٣ - وروي عن عبد الله بن أبي الهذيل ، قال « رأيت عمار بن ياسر خرج من القصر ، فاشتري قباء واشتري صاحب القباء خيلًا ، فقارعه حتي أخذ هذا نصفه وهذا نصفه ، ثم احتمله علي عاتقه حتى أدخله القصر » [١٠] .

١٢٤١٤ - وقد كان عمار أميرًا [١١] ، فلا يجوز له الهبة ، فلو [١٢] كانت هبة غير لاحقة في العقد لم يجز أن يلتمسها .

---

(١) هذا جزء من حديث طويل ، أخرجه مسلم في الصحيح ، « كتاب المساقاة » ، « باب بيع البعير واستثناء ركوبه » (١٢٢٢/٣ ، ١٢٢٣) ، الحديث (١١١-٧١٥) ، والنسائي في المجتبي ، « كتاب البيوع » ، في « البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط » (٣٩٨/٧ ، ٣٩٩) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثلاثين درهمًا] ، مكان المثبت .

(٤) أي سار قليلًا ، جاز المكان جوزًا ، إذا سار فيه ، وأجازه : قطعه . راجع : المغرب ، « الجيم مع الواو » ص٩٥ ، المصباح المنير (١١١/١) .

(٥) لم نجد هذا الأثر .

(٦) في (م) ، (ع) : [بأن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [إذا] .

(٨) أخرجه الطحاوي في المعاني « باب خيار البيعين حتى يتفرقا » (١٦/٤) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إذا اشتري متاعًا أو دابة ... الخ » (١٦/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [وبقي] .

(١٠) لم نقف علي هذا الأثر بعد .

(١١) في (م) ، (ع) : [للأمير] .

(١٢) في (ص) : [ولو] .

١٢٤١٥ – ولأن هذه الزيادة يجوز أن تكون [١] مملوكة مع الأصل بدلًا عن المعقود عليه بالعقد ، فإذا ألحقها [٢] به وجب أن تستحق ، كما لو [٣] ألحقها في مجلس العقد ، ولا يلزم : الزيادة بعد الهلاك ؛ لأنها تلحق [٤] علي رواية الأصل .

١٢٤١٦ – ولا يلزم : الزيادة في المسلم فيه ؛ لأنها تصح عندنا إذا أقبضه حصتها من رأس المال في مجلس الزيادة ، ثم يرتجع منه الحصة من رأس المال الأول ، وإن عللت برواية الأصول .

١٢٤١٧ – قلت : إن هذه الزيادة يجوز أن تكون [٥] مملوكة مع الأصل بدلًا عن المعقود عليه ، فإذا ألحقها به وهو يقبل الفسخ فبالابتداء استحقت .

١٢٤١٨ – ولا يلزم : الزيادة بعد الهلاك ؛ لأن العقد لا يقبل الفسخ .

١٢٤١٩ – ولا يلزم : إذا خرج [٦] المعقود عليه من ملكه ؛ لأنه لا يقبل الفسخ .

ولا يلزم : الزيادة في المسلم فيه ؛ لأن العقد / يقبل الفسخ ولا يقبل الابتداء ؛ بدلالة : أنهما لو تفاسخاه ثم ابتدياه في رأس المال وهو دين لم يصح . ١٤٥/ب

١٢٤٢٠ – ولأنها زيادة يجوز أن يكون معقودًا عليها [٧] مع الأصل في هذا العقد ، فجاز إلحاقها به بعد انبرامه ، كالزيادة في الرهن .

١٢٤٢١ – ولا يلزم : الزيادة في الدين [٨] ؛ لأن عقد الرهن ينعقد علي الرهن ، والدين معقود عليه عقد المداينة ، فإذا زاد في الدين فهي زيادة في غير المعقود عليه .

يبين [٩] ذلك : أنه لو أعطى بثمن المبيع رهنًا لم يكن ذلك زيادة في البيع ؛ لأن البيع لا ينعقد عليه .

١٢٤٢٢ – فإن قيل : إذا زاد في الرهن فالزيادة تصادف [١٠] الدين على الوجه الذي يصادفه ابتداء الرهن ؛ لأنه يجوز أن يكون بدين واحد [١١] رهنان وكفيلان .

---

(١) في (م) : [أن يكون] . (٢) في (ص) : [لحقها] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن يستحق] : ، ولفظ : [لو] ساقط منهما .
(٤) في (م) : [يلحق] . (٥) في (م) : [أن يكون] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أخرج] .
(٧) لفظ : [عليها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] . (٩) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(١٠) في (م) : [يصادف] . (١١) في (م) ، (ع) : [وأخذ] ، مكان : [واحد] .

١٢٤٢٣ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الزيادة تصادف [1] المبيع على الوجه الذي كانت تصادفه ابتداءً ؛ ألا ترى : أن كل جزء من المبيع يجوز أن يكون في مقابلة الثمن المتقدم والزيادة ، كما أن [الثمن] [2] يجوز أن يكون به رهنان وثلاثة والزيادة تلحق [3] فيهما علي وجه واحد .

١٢٤٢٤ - ولأنها زيادة ملحقة بالعقد ، فكانت كالمسماة في العقد في حقهما ، أصله : الزيادة في مدة الخيار .

١٢٤٢٥ - ولأن ما لو وجد [4] في مدة الخيار تعلق به الاستحقاق بعد انبرام العقد ، كالحط .

١٢٤٢٦ - ولأنها حالة يصح فيها [5] الحط ، فصحت الزيادة ، كحال المجلس .

١٢٤٢٧ - ولأنهما يملكان الفسخ ، فإذا زادا في المجلس لحقت بالعقد كحال المجلس .

١٢٤٢٨ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم : إنهما يملكان الفسخ ، والزيادة [تجوز] [6] عندكم بعد الهلاك ؛ لأن هذا التعليل على رواية الأصول أن الزيادة تصح [7] ما دامت الإقالة جائزة .

١٢٤٢٩ - فإن قيل : المعنى في مدة الخيار : أن كل واحد [منهما] [8] يملك الفسخ بالمعنى الذي يملك الآخر .

١٢٤٣٠ - قلنا : يبطل إذا باع عبدًا بثوب ، فوجد كل واحد بما قبضه عيبًا .

١٢٤٣١ - قالوا : المعنى في حال المجلس : أنها حالة لقبض رأس المال في السلم والصرف ، فلهذا جاز الرهن علي الزيادة ، وليس كذلك فيما بعد المجلس ؛ لأنها ليست بحال لقبض ثمن الصرف .

١٢٤٣٢ - [قلنا : علة الأصل غير صحيحة ؛ لأن الزيادة تجوز في حال العقد ، وتلك الحال ليست لقبض ثمن الصرف] [9] وإنما يقبض بعدها ، وعلة الفرع تبطل بمدة الخيار ، فإن التراضي علي الزيادة يجوز فيها ، وليست حالة لقبض ثمن [10] الصرف .

---

(١) في (م) : [يصادف] .
(٢) بدل الذي في النسخ جميعها] .
(٣) في (م) : [يلحق] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ما لم يوجد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [منها] .
(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) : [يصح] .
(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [حالة القبض ثم] .

١٢٤٣٣ - ويدل عليه أن المشتري لو وجد بالمبيع عيبًا ورضي به وأسقط خياره جاز . ومعلوم أن حصة العيب من الثمن كأنها مستحقة ، وإذا تركها فقد زاد [١] في الثمن ، وذلك جائز قبل انبرام العقد وبعد انبرامه .

١٢٤٣٤ - فإن قيل : كيف يكون للعيب [٢] حصة ، ولو أراد المشتري المطالبة بالأرش لم يكن له ذلك ؟ .

١٢٤٣٥ - قلنا : إذا حدث في عبده عيب فالحصة واجبة وله [٣] المطالبة بها .

١٢٤٣٦ - فإن قيل : هذه براءة من المشتري وليست بزيادة [٤] .

١٢٤٣٧ - قلنا : لو باع عرضًا بعرض ، ثم اطلع على عيب بما قبضه [٥] ، جاز أن يبرئ منه . ولو كان يملك إبراءه لم تصح [٦] البراءة من الأعيان . ولو لم يدفع الثمن ورضي بالعيب جاز ، ويستحيل أن يبرئ من حصة المبيع [٧] ولم يثبت له علي البائع شيء .

١٢٤٣٨ - ولأنه لو أبرأه من العيب ثم تقايلا [٨] رجع بجميع الثمن . ولو كان أبرأه [٩] عن جزء منه لم يجب الرجوع به بالإقالة [١٠] .

١٢٤٣٩ - احتجوا : بأنها زيادة تثبت قبل [١١] لزوم العقد فوجب أن لا تثبت [١٢] بعد لزومه ، كالزيادة في الدين والرهن .

١٢٤٤٠ - والجواب : أن قولهم : « ثبت قبل لزوم العقد » [١٣] إن أرادوا به في الأصل ، وبعد العقد قبل القبض : لم نسلم الوصف في الأصل ؛ لأن الزيادة في الدين لا تصح [١٤] عندنا إلا أن يعيد العقد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [زادها] .
(٢) في (م) ، (ع) : [العيب] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فله] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الزيادة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [قبض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ولو كان ملك إبراءه لا يصح] ، مكان المثبت .
(٧) في (ص) : [البيع] ، وفي (ع) : [المعيب] ، مكان : [المبيع] .
(٨) في (ع) : [تقابلا] .
(٩) في (ص) : [إبراء] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الإقالة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [مثل] ، مكان : [تثبت قبل] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لا تثبت] .
(١٣) في (ع) : [قبل لزوم العقد فوجب أن لا يثبت بعد لزومه] ، مكان : [قبل لزوم العقد] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

١٢٤٤١ - فإن أراد حالة العقد : فذلك ليس بزيادة .

١٢٤٤٢ - علي أن المعنى في الأصل : أن الزيادة وقعت في عين المعقود عليه ، بدلالة : أن الدين لم يعقد عليه عقد الرهن ، وإنما يثبت بعقد المداينة ، والزيادة تصح فيما وقع العقد عليه [١] دون غيره ، ولهذا تجوز [٢] الزيادة في الرهن ؛ لأن الرهن هو الذي تناوله هذا العقد ، فجاز أن يلحق به زيادة .

١٢٤٤٣ - ولأن الزيادة في الدين لو لحقه وهي منفردة عن الدين الأول بالتسمية صار كأنه سمي كل واحد من الدينين في الابتداء على الانفراد ، فيؤدي إلى إشاعة الرهن ، وذلك لا يصح ابتداء ، كذلك حال البقاء .

١٢٤٤٤ - فإن قيل : فيجب - علي قول أبي حنيفة- أن تلحق [٣] الزيادة مع الإشاعة ويفسد العقد ، كما قال في الزيادة الفاسدة والبيع .

١٢٤٤٥ - قلنا : الزيادة الفاسدة لا تلحق [٤] في إحدى الروايتين .

١٢٤٤٦ - قالوا : جميع المبيع مملوك بالثمن الأول ، وقد أجمع العقد فيه ، ولا تصادف [٥] الزيادة عوضًا ؛ فيصير كمن بذل عوضًا عن ملك نفسه .

١٢٤٤٧ - قلنا : الزيادة تلحق [٦] بالأصل ويصير كل جزء بإزائه جزءًا من المبيع مع الثمن الذي في مقابلته ، فيكون عوضًا عنه كما يقول مخالفنا في الزيادة في المجلس في الخيار .

١٢٤٤٨ - والاختيار من لزوم العقد بمعني [٧] أن العقد وإن لم يلزم فكل جزء من المبيع مشغول بحصته [٨] من الثمن ، فإذا زال الخيار بالاستحقاق يسند إلى العقد ولم يوجد بينهما عقد آخر ، وإذا وجدت الزيادة تقرر ذلك بعد اللزوم عندنا مثله .

١٢٤٤٩ - يبين [٩] هذا : أن اللزوم يؤثر في منع أحدهما من تغيير [١٠] أحكامه بعد رضا الآخر .

---

(١) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [يجوز] .

(٣) في (م) : [يلحق] .

(٤) في (م) : [لا يلحق] .

(٥) في (م) : [لا يصادف] .

(٦) في (م) : [يلحق] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يغير] .

(٨) في (ص) : [بحصة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فتبين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .

١٢٤٥٠ - فأما تراضيهما : فأحكامه يتعين بعد لزومه ، كما لو تفاسخا .

١٢٤٥١ - فأما قولهم : إنه بذل [١] العوض عن ملكه فليس بصحيح ؛ لأنهما لو [٢] ألحقا الزيادة بالعقد صارت عوضًا فيه في حقهما ، فكانت بدلًا عن ملك الغير .

١٢٤٥٢ - ثم يبطل هذا : بمن تزوج مفوَّضة فلا مهر لها عندهم ، فلو مات الزوج لم يجب لها شيء ، فإن فَرَضَ لها مهرًا جاز ، وهذا المهر بدلٌ عن البضع الذي هو ملكه .

١٢٤٥٣ - فإن قيل : لها أن تطالبه بالعوض ، فكذلك [٣] جاز بدل المعوض .

١٢٤٥٤ - قلنا : فقد أثبتم [٤] بدل المعوض عن ملكه ، وأثبتم [٥] وجوب المطالبة ، فهو أكثر مما امتنعتم منه .

١٢٤٥٥ - ثم هذا فرق القبض فيبطل بمسألة أخرى ، وهي : أن الموهوب إذا عوض الواهب [٦] بعد قبض الهبة صح ، وهو بذل عوض عن ملك نفسه .

١٢٤٥٦ - قالوا : هذه الزيادة لا تلزم [٧] الشفيع مع اعترافهم بها ، فلم تكن من جملة [٨] الثمن ، كأجرة الدلال .

١٢٤٥٧ - قلنا : عندنا تثبت [٩] في حق الشفيع ؛ لأن الشفعة تثبت له في العقد الأول بغير زيادة ، ثم ألحقنا الزيادة فتعذر العقد وتعلقت به الشفعة [١٠] ، فالشفعة له بكل واحد من حالتي العقد ، وهو مخير في المطالبة ، إن شاء بالعقد الأول وإن شاء بالثاني ، وإنما كان كذلك ؛ لأنهما بالتراضي بالزيادة قَصَدا إبطال حقه ، فلم يجز إسقاطه ، كما لو تفاسخا البيع انفسخ [١١] في حقهما فلم يسقط .

١٢٤٥٨ - ولأن المشتري لو زعم أن الثمن ألف وادعى البائع ألفين [١٢] وأقام البينة

(١) في (م) ، (ع) : [يبدل] ، وفي (ص) : [تبدل] ، وهو تصحيف من الناسخ .
(٢) في (م) ، (ع) : [لما] ، مكان : [لو] .
(٣) في (ص) : [فلذلك] .
(٤ ، ٥) في (م) : [أتيتم] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الذهب] ، مكان : [الموهب] ، وفي (ص) ، وهو تحريف وتصحيف .
(٧) في (م) : [لا يلزم] .
(٨) في (م) ، (ع) : [أجله] ، مكان : [جملة] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [بالسفعة] ، مكان ، [به الشفعة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [المبيع] ، مكان : [البيع] ، ولفظ : [انفسخ] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٢) في (ع) : [الغبن] ، مكان : [ألفين] .

فقضى بها القاضي ، كان للشفيع أن يأخذها من المبتاع بألف عندهم ، ونحن نعلم أن الزيادة باقية (١) بحكم الحاكم ؛ لأن المشتري لما أثبت له حق الأخذ بأقل منها لم تلزمه(٢) الزيادة ، فلأن لا تلزمه (٣) الزيادة في مسألتنا مع الاختلاف في لحوقها أولى .

١٢٤٥٩ - قالوا : الزيادة لا تلزم في بيع المرابحة ، والمرابحة نقل المبيع بالثمن الذي حصل في مقابلته .

١٢٤٦٠ - قلنا : الزيادة (٤) عندنا تثبت في المرابحة إلا أن علي المبتاع أن يبين (٥) ؛ لأنه يتهم في إلحاق الزيادة ، والبيان عندنا يجب لأجل التهمة ، وإن كان ما لهم منه فُسِمّيَ في العقد ، كمن اشترى من أبيه (٦) فإنه يحط ربح الأب ، ويبيع بغير بيان ، أو يبيع بجملة الثمن ويسيره (٧) .

١٢٤٦١ - قالوا : بذل ماله (٨) في مقابلة ماله ، فصار كمن اشترى ماله من وكيله ، ومن اشترى من عبده .

١٢٤٦٢ - قلنا : قدمنا أن الزيادة تلحق (٩) بالعقد فيصير في مقابلة غيره ؛ ونعكس هذه بمسألة التسمية بعد النكاح ، وبالعوض عن الهبة بعد العقد .

١٢٤٦٣ - ثم الأصل غير مسَّلم ؛ لأن عندنا يجوز أن يبذل عوضًا عن مال نفسه إذا استفاد بالبذل عوضًا ، كالعدل في الرهن إذا باع ما اشتراه الراهن .

١٢٤٦٤ - فإذا اشترى المولى من عبده المأذون وعليه دين صح الشراء ؛ لأن حق الغرماء يتعلق بالكسب ، وإن (١٠) كان ملكه ففي مسألتنا بَذْل الزيادة عما ملكه (١١) صحيح ؛ ألا ترى : أنه يبتاع من المريض بالمحاباة (١٢) ، ويزيد في الثمن حتي لا يفسخ

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [باقية] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لم يلزمه] . (٣) في (م) ، (ع) : [لا يلزمه] .
(٤) سقط ما بين القوسين في النسخ كلها ، وتبدو الحاجة إليها في المعنى واضحة .
(٥) قوله : [أن يبين] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [ابنه] .
(٧) في (م) : [كلمة] ، مكان : [بجملة] ، وفي (ع) : [أو يسيرة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [عن ماله] ، بزيادة : [عن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [قد بينا] ، مكان : [قدمنا] ، وفي (م) : [يلحق] ، مكان : [تلحق] .
(١٠) في (م) : [فإن] .
(١١) في (م) ، (ع) : [عوضًا عما ملكه] ، بزيادة : [عوض] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [بينا] ، مكان : [يبتاع] ، وفي (م) : [بالمجاباة] ، بالجيم المعجمة .

عليه الورثة والغرماء ويكون البائع وكيلا ، فلا يأمن أن يفسخ الموكل العقد لنقصان الثمن بيدل الزيادة ليسقط [1] حق الفسخ .

١٢٤٦٥ - قالوا : لو لحقته الزيادة لحق الحط ، ولو كان كذلك صح حط كل [2] الثمن ولحق العقد ففسد .

١٢٤٦٦ - قلنا : الحط عندنا يلحق ويأخذ الشفيع ، كما تقرر بنية [3] الحط في بيع المرابحة .

١٢٤٦٧ - والقياس في حط جميع الثمن : أن يلحق العقد ويفسده وإنما عدلوا عن القياس ؛ لأن الغرض بالحط إرفاق المشتري .

١٢٤٦٨ - قالوا : الحط مقصودة الإرفاق ، وإذا قصد الفسخ أو لم يقصداه فلا يناقض المعروف .

١٢٤٦٩ - ولأن الثمن [4] يلحق بالعقد ، فيصير كالموجود فيه ، وحط جميع الثمن لا يصح أن يقع عليه العقد ابتداءً ؛ لأنه ليس ببيع . وكيف يلحقه بالعقد ، وهو لو وجد فيه لم يكن عقدًا ؟

١٢٤٧٠ - وليس هذا كله زيادة [التأجيل [5] والنظرة] ؛ لأنها تلحق العقد / ١٤٦/أ وتفسده [6] ولا يخرج من أن يكون بيعًا ، وقد كان يجوز أن يقع ابتداء على هذا الوجه فيكون بيعًا فاسدًا .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لسقط] .

(٢) في (م) ، (ع) : [جميع] ، مكان : [كل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بينه] ، ونحو في (ص) بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) [الحط] بدل [جعلنا] المثبتة في النسخ كلها ، و [فلا يناقض] بدل : [طباع] المثبتة في (م) ، (ع) أو إطباع المثبتة في (ص) ، وفي النص تحريف وتصحيف فاضطررنا إلى إجراء هذا التبديل .

(٥) ما بين القوسين بدل كلمة [الفائتة] المثبتة في النسخ كلها ، ولا معنى لها في السياق .

(٦) في (م) : [يلحق العقد ويفسده] .

مسألة ٦٣٨

إذا أجل الدين الحال وهو مما يقبل التأجيل تأجل

١٢٤٧١ - قال أصحابنا : إذا أُجِّل الدين الحال وهو مما يقبل التأجيل تأجل [(١)] .

١٢٤٧٢ - وقال الشافعي : لا يلحق الدين أجل بعد انبرام العقد [(٢)] .

١٢٤٧٣ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عند شروطهم » [(٣)] . لأنها مدة ملحقة [(٤)] بالعقد ، فإذا وجدت بعده لحقته [(٥)] . أصله : حال المجلس . ولأن التأجيل معين [(٦)] يؤثر في المطالبة ، فجاز أن يتعلق به الاستحقاق [إذا وجد بعد لزوم الدين ، كالبراءة . ولأن كل حالة صحت فيها البراءة من الثمن جاز إلحاق التأجيل [(٧)] به . أصله : حال المجلس . ولأنه [(٨)] معنى لو وجد في مدة الخيار لتعلق به الاستحقاق] [(٩)] ، فإذا وجد بعد لزوم العقد جاز أن يتعلق به ، كالحط . ولأنه تأجيل بعد العقد ، فصار كالتأجيل في المجلس . ولأنها صفة للثمن لو شرطت حالة [(١٠)] العقد تعلق بها الاستحقاق ، فإذا ذكرت [(١١)] بعده تعلق بها الاستحقاق ، كالرهن .

١٢٤٧٤ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « كل شرط ليس في كتاب اللّٰه فهو رد [(١٢)] .

---

(١) في (م) : [بأجل] . راجع الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، الباب السابق ، « فصل : ومن اشترى شيئًا مما ينقل يحول الخ » (٥٢٣/٦) ، البناية مع الهداية (٣٣٥/٧) .

(٢) راجع العدة مع العمدة ، « باب أحكام الدين » (ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، الإنصاف ، (٤٥٨/٤) .

(٣) أخرجه الدارقطني ، في السنن « كتاب البيوع » (٢٧/٣) ، الحديث (٩٩) .

(٤) في (م) : [يلحقه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لحقه] .

(٦) في جميع النسخ : [معين] ، لعل الصواب : [معنى] .

(٧) قاعدة : « كل حالة صحت فيها البراءة من الثمن جاز إلحاق التأجيل به » .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلانه] .

(٩) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) ، (ع) .

(١٠) في (ع) : [حال] .

(١١) في (م) ، (ع) : [تعلقت] ، مكان : [ذكرت] .

(١٢) رواه مالك في الموطأ ، في « كتاب العتق والولاء » ، « باب مصير الولاء لمن اعتق » (٧٨٠/٢ ، ٧٨١) ، الحديث (١٧) وأحمد ، في المسند ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل » (٢٠/٢) ، ومسلم ، في الصحيح « كتاب العتق » ، « باب إنما الولاء لمن اعتق » (١١٤٢/٢ ، ١١٤٣) ، الحديث =

١٢٤٧٥ - قلنا : « كتاب الله » ، المراد به : حكمه ، ونحن لا نسلم أن تأجيل [1] الدين ليس من حكم الله .

١٢٤٧٦ - قالوا : حق لازم ، فوجب أن لا يتأجل بالتأجيل . وأصله : القرض ، وأرش الجناية

١٢٤٧٧ - قلنا : أما الأرش فيجوز تأجيله ؛ وأما القرض فلأن التأجيل لا يصح إن شرط في عقد ، كذلك لا يلحقه بعد العقد . والتأجيل في مسألتنا : يجوز أن يثبت في حال وجوب هذا الدين ، فجاز أن يلحق بها بعد لزومه .

١٢٤٧٨ - فإن قيل : إنما لا يصح التأجيل في القرض ، لأنه [اشتراط الأجل ولا] يصح الاستفضال [2] فأما في العقود الأخرى فيصح اشتراط الأجل فيها ، وإذا الأجل ، استفضل [3] في الثمن بعد لزوم العقد ، يوجد هذا المعنى [4] .

١٢٤٧٩ - قلنا : لا يمتنع [5] أن يوجد ابتداء ، وأن يتفضل في الثمن ويؤجل [6] بعد العقد ليخفف عن المشتري ، كما يحط بعض الثمن ليخفف عنه . قالوا : تبرع بإنظار حق لازم ، فوجب أن لا يلزم ذلك التبرع كامرأة العِنِّين [7] إذا أجلت السنة فأنظرته سنة أخرى .

١٢٤٨٠ - قلنا : قولكم : « تَبَرَّع بإنظار حق لازم » ، لا معنى له ؛ لأنه إذا جاز أن

= (٨-١٥٠٤) ، وأبو داود ، في السنن « كتاب العتق » ، « باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة (٣٧٧/٢ ، ٣٧٨) ، والترمذي في السنن ، في آخر « كتاب الوصايا » ، « باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت » (٤٣٦/٤) ، الحديث (٢١٢٤) .

(١) في (ص) : [التأجل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الاستفصال] ، بالصاد المهملة ، وفي (ص) بالضاد ، وقد زدنا ما بين القوسين قبلها .

(٣) في (م) ، (ع) : [مستفصل] ، بالصاد المهملة .

(٤) يبدو أن النص ناقص ، وتمامه : [في القرض] ، أي لا يوجد هذا المعنى في القرض .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٦) في (م) ، (ع) : « استفصل » بالصاد المهملة ، مكان : « المعجمة ، و « ويؤكل » ، مكان : « ويؤجل » .

(٧) العِنِّين ، بكسر العين المهملة طبقا لما سبق هو : العاجز عن الجماع لمرض . قال المطرزي وغيره : « هو الذي لا يقدر علي إتيان النساء ، من عنَّ إذا حبس في العنة ، وهي حظيرة الإبل » ، والعِنِّينة : المرأة التي لا تريد الرجال ولا تشتهيهم ، راجع في المغرب : « العين مع النون » (ص) ٣٢٩ ، لسان العرب ، مادة : « عنن » (٣١٤٠/٤) ، المصباح المنير « العين مع النون » وما يثلثهما » (٤٠٩/٢) .

يلحق الأجل الذي قبل لزومه فلأن يلحق بعد لزومه واستقراره أولى ؛ ألا ترى : أن التأجيل تصرف منه ، ومن استقر حقه فتصرفه فيه أولى من تصرفه قبل الاستقرار ؛ ولأن [١] زيادة الأجل في العُنَّةِ لو رضيت به المرأة قبل استقرار الأجل لم يتعلق به حكم ؛ لأنها لو قالت للحاكم قبل التأجيل : قد أجلته سنين لم يصح ، فكذلك [٢] بعد استقرار الأجل . وفي مسألتنا : لو أجل الدين قبل استقراره صح ، فبعده [٣] مثله ؛ ولأن أجل العنة إنما يثبت بتأجيل الحاكم والزيادة فيه من غير الحاكم لا تصح [٤] . والتأجيل في الدين [٥] ابتداء يقف علي رضا صاحب الحق ، كذلك في الثاني مثله . قالوا : حط [٦] بعد لزوم البيع ، فوجب أن لا يلحق العقد ، كما لو حط كل الثمن .

١٢٤٨١ – قلنا : نقلب فنقول : فجاز أن يتعلق به الاستحقاق بعد لزومه ، كحط كل الثمن . ولأن حط كل الثمن قَصَدًا به حصول المنفعة [٧] للمبتاع ، فلو ألحقناه أبطل العقد فلم يجز إثبات ما يؤدي إلي خلاف غرضهما ، وليس كذلك الأجل الفاسد أنه يلحق ويفسد ؛ لأنه لا وجه يُحمل عليه إلا الإلحاق ، فكذلك الإلحاق وحط [٨] جميع الثمن يمكن [٩] أن يحصل العوض به من غير إلحاق .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .
(٢) قوله : [لم يصح] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [وكذلك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فبعد] ، بحذف الضمير .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .
(٥) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) : [أحط] .
(٧) في (م) ، (ع) : [حصور البقعة] ، مكان المثبت .
(٨) قوله : [وحط] ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (ع) : [تمكن] .

مسألة ٦٣٩

إذا قبض المبيع في البيع الفاسد ملكه

١٢٤٨٢ - قال أصحابنا : إذا قبض المبيع في البيع الفاسد ملكه [١] .

١٢٤٨٣ - وقال الشافعي : لا يملكه [٢] .

١٢٤٨٤ - لنا : ما رُوي « أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولاء لمواليها وقبضتها فأعتقتها ، فأجاز رسول الله ﷺ العتق » [٣] ، وقضى بفساد البيع حين نهى عنه ؛ فلولا أن الملك وقع به لم ينفُذْ عتقُها فيها [٤] .

١٢٤٨٥ - فإن قيل : يجوز أن يكون الشرط كان قبل العقد .

١٢٤٨٦ - قلنا : روي « أن مواليها امتنعوا من بيعها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم » [٥] ، وهذا يقتضي أن الشرط كان في العقد .

١٢٤٨٧ - فإن قيل : يجوز أن تكون [٦] عائشة مخصوصة بجواز هذا البيع ،

---

(١) راجع مختصر الطحاوي ، في « باب أحكام البيوع الفاسدة » (ص) ٨٥ ، ٨٦ ، روضة القضاة ، « كتاب البيوع » ، « فصل : القبض في البيع الفاسد » (٤٠٥/١) ، مسألة (٢١٣٣ ، ٢١٣٤) ، بدائع الصنائع ، (٢٩٩/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤٠٤/٦ ، ٤٠٥ ، ٤٥٩ ، ٤٦٤) .

(٢) راجع ، المهذب مع المجموع ، « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسد » (٣٦٧/٩ ، ٣٦٩ ، ٣٧٧) ، حلية العلماء ، « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسد » (١٣٢/٤ ، ١٣٣) . راجع الكافي لابن عبد البر ، « باب جملة من البيوع الفاسدة والحكم فيها » (٧٢٤/٢ - ٧٢٦) ، بداية المجتهد ، « القول في الجوائح » ، « الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه » (٢٠٨/٢ ، ٢٠٩) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ، « فصل : إذا وقع البيع الفاسد فسخ » ص٢٦٣ ، شرح الزرقاني ، في « باب في البيع الشامل الخ » ، « فصل في الطعام الربوي » ، وبهامشه حاشية البناني (٩٣/٥) . راجع الكافي ، في : « باب الشروط في البيع » (٤٠/٢) ، المغني ، « باب المصراة وغير ذلك » (٢٥٢/٤ ، ٢٥٣) .

(٣) لفظ : [العتق] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وأخرجه مسلم ، (١١٤٣/٢ ، ١١٤٤) ، الحديث (١١ ، ١٢) وأحمد في المسند (٣٠/٢) ، ومالك ، (٧٨١/٢) ، الحديث (١٨) ، والبخاري ، (٢٠/٢) ، والترمذي ، في السنن « كتاب الولاء والهبة » ، « باب ما جاء أن الولاء لمن اعتق » (٤٣٧/٤) ، الحديث (٢١٢٥) .

(٤) في (ص) ، (م) : [فيه] .

(٥) تقدم تخريجه .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

والنهي وقع بعد إباحته لها ، بدلالة : « أنها قالت للنبي ﷺ إنهم أبوا أن يبيعوها إلا بشرط الولاء لهم ، فقال لها : اشتري واشترطي ، فإنما الولاء لمن أعتق » [(١)] ، وهو لا يأمر إلا بالجائز .

١٢٤٨٨ - قلنا : هذه الزيادة وهم فيها هشام بن عروة ، لا يصح إضافة مثل هذا [(٢)] إلي رسول الله ﷺ ، وهو أن بين الحكم لعائشة وكتمه عن الباعة ويأمر بالغرور ، وقد قال النبي ﷺ « ما كان لنبي أن يكون له خائنة الأعين » [(٣)] ، فكيف ينسب إليه خائنة الأمر واللفظ ؟ ثم لو خصت [(٤)] عائشة بهذا العقد لافتخرت به ، كما افتخر خزيمة لما خص بالشهادة ، ونقل تخصيص أبي بردة بالجذع من المعز ، ويبين [(٥)] ذلك : أنه قال : « ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله ، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، وشروط الله أوثق ودين الله أحق ، إنما الولاء لمن أعتق » [(٦)] ، والإنكار لشرط سابق لهذا القول .

١٢٤٨٩ - فدل أنه يتناول ذلك العقد ، فكيف يحمل على أن ذلك العقد مباح [(٧)] والنهي عما يستأنف . فإن قيل : إن قوله : « اشترطي الولاء لهم » ، بمعنى : عليهم ، وهذا كقوله : [وإن أسأتم فلها] [(٨)] ، بمعنى : فعليها .

١٢٤٩٠ - قلنا : هذا ترك الظاهر وعدول عنه ؛ ثم هو خلاف القصة ؛ لأن القوم امتنعوا من البيع إلا بشرط الولاء ؛ ولا يجوز أن يكون امتنعوا إلا أن شرطوا [(٩)] الولاء لعائشة ؛ لأن هذا ثبت [(١٠)] بمطلق البيع ؛ ولأن النبي ﷺ أنكر الشرط ، فلو كان كما قالوا كان شرطًا صحيحًا لا يجوز أن ينكر . ولأنه بيع لو عري عن الشرط صح ، فإذ

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) في (م) ، (ع) : [مثلها] ، مكان : [مثل هذا] .

(٣) أخرجه أبو داود ، في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب قتل الأسير ولا يُعرضُ عليه الإسلام » ، وفي « كتاب الحدود » ، « باب الحكم فيمن ارتد » (٥٩/٢ ، ٦٠ ، ٤٨٢) ، والنسائي ، في المجتبى ، « كتاب تحريم الدم » ، في « الحكم في المرتد » ، (١٠٥/٧ ، ١٠٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [خصصت] . (٥) في (م) ، (ع) : [وبين] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٨) .

(٧) لفظ : [علي] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفيها : [مباحًا] ، مكان المثبت .

(٨) الزيادة من (ع) . سورة الإسراء : الآية ٧ .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن شرط] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تثبت] .

شرط فيه منفعة للمبيع جاز أن يملك بمقتضاه ؛ أصله [١] : البيع بشرط العتق . ولأنه نوع معاوضة فجاز أن يقف الملك فيه على القبض ، كالقرض ، والهبة بعوض .

١٢٤٩١ – قالوا : دخلا في القرض والهبة على أن الملك يقع بالعقد ، فلم يجز أن يقف على غيره .

١٢٤٩٢ – قلنا : وقوع الملك بالعقد أو بالقبض أحكام تثبت بالشرع لا بفعلهما ، فلا نسلم أنهما دخلا في البيع ليملكا [٢] بالعقد ، وفي الهبة دخلا ليملكا بالقبض [٣] . لكن البيع قوي في باب التمليك فوقع الملك بعقده [٤] وضعفت الهبة فانضم إلى العقد معنى آخر ، وهو القبض ، ليقع الملك به . كذلك البيع الفاسد ضعف عن الصحيح ، فلم يقع الملك بعقده حتى قوى بانضمام القبض إليه .

١٢٤٩٣ – قالوا : النكاح نوع معاوضة ، ولا يقف الملك فيه على القبض .

١٢٤٩٤ – قلنا : النكاح الفاسد لا يملك به ، فإذا استوفاها ملكها ، ولو تزوجها على حيوان في الذمة لم يملكه إلا بالقبض . ولأن القبض معنى يستفاد به جواز التصرف في المبيع ، والعقد يستفاد به التصرف في الثمن ؛ ولأنه معنى يدخل به المبيع في ضمان أحد المتعاقدين ، فجاز أن يقف الملك في البيع عليه ، كالعقد . ولأنه ملك عليه البدل في عقد فيه تسليط ، والعين ما يملكه العاقد ، فجاز أن يملكها بالشراء قياسًا على البيع الصحيح . ولا يلزم إذا باع [٥] بميتة أو دم ؛ لأنه لا يضمن القيمة بالقبض ، فلم يملك عليه البدل . ولا يلزم المقبوض على وجه السوم ؛ لأنه ليس ببيع ؛ ولأن البيع بشرط الخيار إذا سلم المبيع ؛ لأنه لا تسليط في العقد . ولا يلزم إذا اشترى المحرم صيدًا أو باعه ؛ لأن العاقد لا يجوز أ ن يملك هذه العين بالعقود . ولا يلزم بيع الصبي ؛ لأن الملك يجوز أن يقع بعقد إذا أجازه الولي .

١٢٤٩٥ – فإن قيل : قولكم : في عقد فيه تسليط « يبطل ببيع [٦] الخيار . فإن قلتم ليس فيه تسليط ، قلنا : لا نسلم أن البيع المطلق فيه تسليط ، وإنما يقع على الملك

---

(١) في (ص) : [أصل] . (٢) في (م) : [لتملكا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالعقد] ، مكان : [بالقبض] .

(٤) في (م) ، (ع) : [العقد لملكه] ، مكان : [الملك بعقده] .

(٥) لفظ : [باع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بيع] .

ويتسلط بحكم ملكه ، وإنما العقود التي فيها تسليط هي التي لا تنقل [1] الملك ، كالوكالة ، والمضاربة ، والشركة غالبًا [2] ، غير بيع الخيار ؛ لأن البائع لو شرطه لنفسه ، كفَّ المشتري عن التصرف الذي يقتضيه العقد المطلق ، فإذا أطلق العقد اقتضى التصرف ، فهو بإطلاقه مسلَّطٌ له على ما لو قيده لم يحصل التسليط ، ولسنا نعني بالتسلط الإذن [3] في التصرف على ما ظنوا .

١٢٤٩٦ – فإن قيل : المعنى في المبيع الصحيح : أنه مضمون [عليه بالثمن ، وهذا مضمون عليه .

١٢٤٩٧ – قلنا : كل مبيع عندنا مضمون] [4] بالقيمة وإنما ينتقل عنها إلى الثمن . وإذا ما صحت تسميته فاستحق لم تثبت [5] التسمية في الفاسد وبقي على مقتضاه . ولأن القيمة بدل العين ، كالثمن ، فإذا جاز أن يملك المبيع في مقابلة ملك أحد العوضين ، كذلك الآخر .

١٢٤٩٨ – قالوا : المعنى في الأصل : أنه بيع صحيح ، فنقل الملك ، [وهذا بيع فاسد فلم ينتقل الملك] [6] .

١٢٤٩٩ – قلنا : إذا تساويا في [7] ضمان العوض ورضا المالك ، وانتقل [8] الملك مع اختلافهما في الصحة جاز أن يتساويا في الملك ؛ ولأن التعليل أنه إن وقع العقد فالفرق صحيح ؛ لأن بالبيع الفاسد لا ينتقل الملك إن وقع العقد والقبض لم يصح ؛ لأنه يجوز أن يملك / بالعقد ، والقبض ما لم يملك بمجرد العقد ، كالهبة ، والقرض . ١٤٦/ب

١٢٥٠٠ – فإن قيل : فالعقد لم ينقل [9] الملك لفساده ، فالقبض الفاسد لا ينقله أيضًا .

١٢٥٠١ – قلنا : ينتقل الملك فيهما . وقد يضعف العقد ولا ينتقل [10] الملك وينضم إليه القبض ويرتفع الضعف ويملك به . ولأنها معاوضة فجاز أن يقع العتق بمقتضى

---

(١) في (م) : [ينتقل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [قلنا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الان] .
(٤) ما بين المكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) : [لم يثبت] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .
(٧) حرف : [في] ساقطة من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [ينتقل] .
(٩) في (ص) : [لا ينتقل] .
(١٠) في (ص) : [لا ينقل] .

فاسدها كالكتابة الفاسدة . ولا يلزم النكاح الفاسد إذا تزوجها على عبد وسلم إليها أن ينفذ عتقها فيه .

١٢٥٠٢ - فإن قيل : العتق في الكتابة يقع بمقتضى الشرط . ولهذا نقول : إن المكاتب لو أدى إلى وارث المولى لم يعتق .

١٢٥٠٣ - قلنا : لم يقع العتق بمقتضى العقد ، بدلالة : أنه يجب عليه قيمته . ولو عتق بالصفة لم يلزمه شيء ، ولو تفاسخا الكتابة الفاسدة ثم أدى لم يعتق [1] . ولو كان العتق بالصفة لم يبطل بفعلهما ويستحق المكاتب الولد وفاضل الاكتساب ولو كان بالصفة لم يستحق .

١٢٥٠٤ - فإن قيل : لما وقع العتق [2] بمقتضى الكتابة الفاسدة وقع في المحل الذي يقع في الصحيحة ، وهو عند الأداء ، فلو كان الملك يقع في البيع الفاسد لوقع في المحل الذي يقع في الصحيح .

١٢٥٠٥ - قلنا : هذه المعاوضة لا تصح [3] ؛ لأنا عللنا لوقوع العتق فعارضتم في وقوع الملك ، ويجب أن تقع [4] المعاوضة في العتق . ثم لا نسلم أن محل العتق يستوي في الكتابة الصحيحة والفاسدة ؛ لأن في الصحيحة لا يعتق إلا بأداء ما يجوز أن يقع به الاستحقاق ، [ولهذا نقول : لو أدي ألفًا سرقةً لم يعتق ، ويعتق بأداء المستحقة] [5] ؛ لأن الاستحقاق يجوز أن يقع بها بإجازة مالكها ، وفي الفاسدة يعتق بأداء ما لا يتعلق به الاستحقاق ، وهو الخمر . ولذلك [6] يختلفان في صفة ما تتعلق به الذمة ؛ لأن في الصحيح يعتق بالأداء ، وفي الفاسدة عند الأداء ببدل يثبت في الذمة . ثم هذه المعاوضة لا تصح ؛ لأن محل الملك والعتق يجوز أن يختلف في العقود الصحيحة . ألا ترى [7] أن الملك يقع في العقد المطلق بنفس العقد وينفذ عتق المبتاع ، وفي البيع بشرط الخيار لا يقع الملك ولا ينفذ العتق [8] إلا بإسقاط الخيار . كذلك يجوز أن يختلف المحل في العقد الفاسد والصحيح ، وإن تساويا في وقوع الملك . احتجوا : بأنه مقبوض عن بيع فاسد ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يعتق] .

(٢) لفظ : [العتق] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) : [لا يصح] .

(٤) في (م) : [أن يقع] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٧) في (ص) : [الا يري] ، بالياء التحتانية .

(٨) لفظ : [العتق] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

فوجب أن لا يملك به المبيع ولا التصرف فيه ، كالمبيع بالميتة والدم . قلنا : الميتة والدم إذا تمولا فباع بهما ملك المبيع ، كالخمر . هكذا روي هشام ، عن محمد . فأما إذا لم يتمولا فقد اشتمل العقد علي عوض واحد ، فخرج من موضوع [1] البيع [فلم يفد الملك ، كإيجاب بلا قبول ، وليس كذلك البيع] [2] بخمر ؛ لأنه عوض هو مال . بدلالة : أن حاكمًا لو حكم بوجوب ضمانه لذمي صح ، ولو حكم بجواز بيع الذمي نفذ حكمه [3] ، وأصل العقد واقف على موضوع العقد . وإنما ضعف في الفساد ، كما يضعف بشرط الخيار ، فيجوز أن يقع بالعقد بمعنى [4] ينضم إلي العقد . قالوا : الأصل هو البيع ، والقبض لم يقع بدليل أن الملك يقع بالعقد [5] [دون القبض ، والقبض من موجبه ومقتضاه ، وإذا كان الأصل هو البيع ، والقبض لم يقع ، بدليل أن الملك يقع بالأصل [6] ، فبأن لا يثبت بالقبض فيه أولى .

١٢٥٠٦ - قلنا : العقد هو الأصل ، فإذا انضم القبض إليه دفع بهما ، لا بالقبض خاصة . وقد لا يقع الملك بأحد الأمرين ، ويقع بهما [7] ، كالهبة والقبض ، كما لا يقع الملك بالعقد مع الخيار ويقع بالعقد وبإسقاط الخيار . يبين ذلك أن البيع الصحيح يملك به المبيع ، ولا يملك فيه التصرف ، فلما لم يفد العقد ملك [8] التصرف أفاده القبض ، كذلك إذا لم يفد ملك المبيع جاز أن يفيده [9] القبض .

١٢٥٠٧ - قالوا : القبض في البيع [10] الصحيح لا يملك به ، وما لا يقع به الملك في صحته فلأن لا يقع به مع فساده أولى .

١٢٥٠٨ - قلنا : إنما لا يُمْلَكُ بالقبض الصحيح ما يستقر الملك فيه ، والبيع الفاسد لا يسبق الملك قبض ، فيجوز أن يقع . ألا ترى : أن البيع بشرط الخيار لا يملك به عندنا ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [موضع] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) : [الذمي الذي نفذ فيه حكمه] ، مكان المثبت .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفيهما : [بمضي] ، مكان : [بمعنى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالأصل] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بهما] .

(٨) في (م) : [لم يقيد] ، وفي (ع) : [لم يفيد للملك] ، مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يفيد] ، بحذف الضمير .

(١٠) في (ص) ، (م) : [المبيع] .

وعلى أحد أقوالهم ، ثم يقع الملك بإسقاط الخيار ، وفي خيار العُنَّةِ لما وقع الملك لم يقع على إسقاط الخيار .

١٢٥٠٩ - قالوا : الوطء في النكاح كالقبض في البيع [(١)] ؛ بدلالة : أن المسمى يستقر بهما ، ثم يثبت أن الوطء في النكاح الفاسد لا يُمْلَك به ما يُمْلَكُ بالعقد الصحيح ، وهو استحقاق الوطء والطلاق والخلع والإيلاء والظهار . وكذلك [(٢)] ما يملك بالعقد الصحيح ، وهو استحقاق الوطء بالبيع ، ولا يملك بالقبض عن بيع فاسد .

١٢٥١٠ - قلنا : أسباب الملك في الأعيان [(٣)] أوسع من أسباب الملك في النكاح . ألا ترى ، أنه يملك بالبيع والهبة والميراث والسبي ، ولا يملك بضع الحرة بهذه الأسباب ، فلذلك [(٤)] جاز أن يملك بالقبض عين المبيع الذي لم يوجب العقد الفاسد الملك فيه ، [وإن كان لا يقع في النكاح بذلك . ولأن العقد الفاسد لا يوجب الملك] [(٥)] في النكاح والبيع ، وإنما يملك المبيع [(٦)] [بالقبض ، لا بالعقد] الذي لم يوجب الملك ، وإن كان لا يقع في النكاح بذلك ؛ ولأن العقد الفاسد لا يوجب الملك في النكاح والبيع ، وإنما يملك المبيع بالقبض ، ولا يتصور القبض في النكاح إلا فيما استوفاه من المنفعة ، وقد صار ذلك مملوكًا له وما لم يستوفه [(٧)] من المنافع كما لم يقبضه من المبيع فلا يملك ، فأما استحقاق الوطء فلا يثبت في النكاح الفاسد . كما لا يثبت استحقاق القبض في البيع الفاسد ، وأما الطلاق فهو موضوع لرفع الاستباحة ، والنكاح الفاسد لا يفيد الإباحة فلا يثبت الطلاق . وأما الخلع : فإنما يصح بذل العوض ليملك على الزوج ما ملكه منها ، وفي النكاح الفاسد لا يملك ما لم يستوفه ، وهي أحق بنفسها ، فلا معنى لبذل مَا لِها ، وأما الإيلاء ، فلأنه لما [(٨)] منعها حقها من الوطء عوقب بإيقاع الفرقة ، ولا حق لها في الوطء ه هنا ، وأما الظهار : فيوجب تحريمًا مؤقتًا يرتفع بالكفارة ، وليس في النكاح الفاسد إباحة حتى يدخل عليها تحريم .

(١) قاعدة : « الوطء في النكاح كالقبض في البيع » .

(٢) في (ص) : [ولذلك] .

(٣) في النسخ جميعها لفظ [المبيعة] وقد حذفناه لعدم فائدته : [المبيعة] ، لعله : [يملك] .

(٤) في (ص) : [ولذلك] ، وفي (م) : [فكذلك] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] وفي (ص) : [بالمبيع] ، تصويبه : [بالبيع] .

(٧) في جميع النسخ : [لم يستوفيه] ، الصواب ما أثبتناه بحذف حرف العلة .

(٨) لفظ : [لما] ساقط من (ع) .

١٢٥١١ – قالوا : الملك يقع في الهبة بالقبض ، كما يقع في البيع [1] بالعقد [2] . ثم يثبت أن ما [3] أوقع الملك في الهبة لا يتحول إلى غيره ، وهو عقد الهبة ، فلذلك ما لا يملك به في البيع وجب [4] أن يتحول إلى غيره وهو القبض فيه .

١٢٥١٢ – قلنا : قد يقع الملك بنفس الهبة ؛ ثم إن الهبة لما وقع الملك بقبضها لم يتقدم الملك علي سببه ، ولما كان يقع في البيع بالعقد جاز أن يتأخر عن سببه ، كما يتأخر [5] في بيع الخيار .

١٢٥١٣ – قالوا : البيع الصحيح [6] يملك به المشتري المبيع ، ولا يملك [7] التصرف ؛ لأن سلطان البائع لم يزل عنه ، كما أن سلطان البائع لم يزل عن البيع [8] الفاسد وإن قبض ؛ بدلالة : أن له أن ينتزعه منه مع ما به ، فوجب أن لا ينفذ تصرفه فيه [9] ، كما لا ينفذ تصرفه فيه قبل القبض .

١٢٥١٤ – قلنا : إنما لا ينفذ تصرفه قبل القبض ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ، وكل تصرف يقف صحته على إمكان التسليم لا يتعذر بعد القبض [10] ، وفي البيع الفاسد التسليم ممكن ، فلذلك [11] نفذ تصرفه ، وأما ثبوت حق البائع في انتزاعه فهو فسخ يثبت [12] بعد تسليطه ، فصار كخيار العيب فلا يمنع من نفوذ التصرف .

١٢٥١٥ – قالوا : يلزمه رده بتمامه المنفصل عنه فلم يكن ملكًا له ، كالمغصوب . قلنا : لا نسلم أنه يلزمه رد الأصل ولا المسمى ، وإنما يلزمه الفسخ ثم يجب الرد بحكم الفسخ ، فأما أن نقول [13] : إن الرد يجب ابتداءً فلا .

١٢٥١٦ – فإن عللوا لوجوب الفسخ لم يكن قولًا لهم ، وإن عللوا [14] الفسخ للرد

---

(١) لفظ : [البيع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قاعدة : « الملك يقع في الهبة بالقبض ، كما يقع في البيع بالعقد » .

(٣) في (ع) : [إذا] ، مكان : [أن ما] . (٤) في (ص) : [فوجب] .

(٥) قوله : [كما يتأخر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [البيع صحيح] . (٧) في (م) ، (ع) : [فلا يملك] .

(٨) في (ص) : [المبيع] .

(٩) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) وفيهما : [يوجب] ، مكان : [فوجب] ولفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) قاعدة : « كل تصرف تقف صحته على إمكان التسليم لا يتعذر بعد القبض » .

(١١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] . (١٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٣) في (م) ، (ع) : « أن يقول » . (١٤) في (م) ، (ع) : [طلبوا] ، مكان : [عللوا] .

لم نسلمه ، فلا يسري إلي النماء . ثم المعني في الغصب : أنه لم يوجد من مالكه تسليط على التملك ، ولا حصل هناك سبب من أسباب الملك . وفي مسألتنا : حصل التسليط عن عقد فيه عوض ، فجاز أن يملك به .

١٢٥١٧ - قالوا : يجب على المشتري العقر [1] بوطئها ، والملك لا يلزمه ، بوطء مملوكته عقر .

١٢٥١٨ - قلنا : لا يسع أن يجب على الملك عقر ، إذا تعلق بالمملوكة حق المولى في وطء المكاتبة ، وكما قال الشافعي : فإن من طلق طلاقًا رجعيًا ولم يراجع بوطء وجب عليه المهر وإن كان ملكه باقيًا .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [العقر] ، وهو تصحيف . العُقْر : بضم العين المهملة وسكون القاف ، كما تقدم ، هو : صداق المرأة إذا وطئت بشبهة . راجع في المغرب « العين مع القاف » ص٣٢٢ ، لسان العرب ، مادة « عقر » (٣٠٣٦/٤) ، المصباح المنير « العين مع القاف ما يثلثهما » .



باع عبدا بشرط العتق فسد العتق

١٢٥١٩ - قال أصحابنا من [١] باع عبدًا بشرط العتق فسد العقد ، وروى ابن أبي مالك [٢] ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : أن المشتري إذا عتق لزمه القيمة . وهو قول أبي يوسف ومحمد . وقال في الرواية الأخرى : يلزمه المسمى استحسانًا . وروي عن أبي حنيفة : أن البيع جائز [٣] .

١٢٥٢٠ - وبه قال الشافعي : وهل يجبر المشتري على العتق ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يجبر ، والآخر : لا يجبر ، ويجبر البائع . فإن مات قبل العتق ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يلزمه الثمن ولا شيء عليه غيره ، والآخر : يجب عليه [٤] كمال قيمته إذا بيع مطلقًا ، والثالث : يفسخ البيع . وروى أبو ثور [٥] عن الشافعي : أن الشرط

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا] ، مكان : [من] .

(٢) في (م) ، (ع) : [عن أبي يوسف ومحمد] . وابن أبي مالك : هو الحسن بن أبي مالك ، تفقه علي أبي يوسف ، وتفقه عليه محمد بن شجاع ، قال الصيمري : « من أصحاب أبي يوسف : وهو ثقة في روايته ، غزير العلم ، واسع الرواية وكان أبو يوسف يشبهه بجمل حمل أكثر مما يطبق » . قال القرشي : « توفي رحمه الله - في السنة التي مات فيها الحسن بن زياد ، سنة أربع ومائتين . ذكره الدامغاني عن الطحاوي » . راجع في أخبار أبي حنيفة وأصحابه « ذكر أصحاب أبي يوسف ، وزفر ، ومحمد بن الحسن » ص١٦٢ ، والجواهر المضية (٩٠/٢ ، ٩١) ، الترجمة (٤٨١) ، والفوائد البهية (ص) ٦٠ .

(٣) راجع تفصيل المسألة في روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « فصل : اشتري عبدًا بشرط العتق » (٤٠٠/١) مسألة (٢٠٨٧ - ٢٠٩١) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » ، فصل : « وأما شرائط الصحة فأنواع » (١٦٩/٢ ، ١٧٠) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، « باب البيع الفاسد » (٤٤١/٦ - ٤٤٥) .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) أبو ثور : هو الفقيه إبراهيم بن خالد الكَلْبِيّ البغدادي : من أصحاب الشافعي ، ومن رواة مذهبه القديم ، ثقة قال أبو حاتم : « أبو ثور رجل يتكلم بالرأي يخطيء ويصيب ، وليس محله محل المستعين في الحديث ، قد كتبت عنه » . وقال الأسنوي : « مات في صفر سنة أربعين ومائتين ، وكان أبو ثور علي مذهب الحنفية ، فلما قدم الشافعي بغداد تبعه وقرأ كتبه ونشر علمه » . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (٩٧/٢ ، ٩٨) ، الترجمة (٢٦٦) ، الأنساب « باب الكاف واللام » (٨٥/٥ ، ٨٦) ، طبقات الشافعية للأسنوي (٢٥/١) ، الترجمة (٨) ، تقريب التهذيب (٣٥/١) ، الترجمة (١٩٧) .

فاسد والبيع صحيح [١] .

١٢٥٢١ – لنا ما روي أن النبي ﷺ بعث عتَّاب بن أسيد إلى مكة وقال : « انههم عن بيع وشرط » [٢] . ولأنه شرط على [٣] المشتري قطع الملك على وجه لا يقتضيه العقد ، فصار كقوله : على أن تبيعه بعد شهر ، أو من فلان ، أو على أن يوصي به أو توصي [٤] بعتقه .

١٢٥٢٢ – قالوا : العتق مقصود / في المعقود بعوض في مقابلته ، بدلالة : الكتابة ، فجاز أن يُشْتَرَطَ في العقد ، والبيع ليس بمقصود في شيء من العقود ، ولا يصح بدل [٥] العوض عنه ، فلذلك لم يصح شرطه . ١٤٧/أ

١٢٥٢٣ – قلنا : البيع يقصد في عقد الوصية فيوصي ببيع عبده من فلان ، [والبيع وإن لم يجز بشرط [٦] العوض عنه صح العوض عما يملك به فلان] ، والمشتري مخير [٧] بين أن يعتق وبين أن لا يعتق ، ثم لو شرط قطع خياره بأن [٨] لا يعتق فسد البيع ؛ كذلك إذا قطع خياره بإيجاب العتق يفسد البيع . يبين ذلك : أنه مخير ، إن شاء باع ، وإن

---

(١) قوله : [والبيع صحيح] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وراجع ، المهذب مع المجموع ، « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده » (٣٦٣/٩ ، ٣٦٦ ، ٣٦٧) ، حلية العلماء ، « باب ما يفسد البيع وما لا يفسد » (١٢٦/٤ ، ١٢٧) . راجع المدونة ، في « البيوع الفاسدة » ، « في الرجل يبتاع العبد على أن يعتقه أو الجارية علي أن يتخذها أم ولد » (٢١٢/٣) ، المنتقي ، « كتاب البيوع » ، في « ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها » (٢١٢/٤) ، بداية المجتهد ، في « الباب الرابع « في بيوع الشروط والثنيا » (١٧٤/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، في « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص٢٦٢ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » ، في « الشرط الفاسد في البيع » (٣٥٠/١ ، ٣٥١) ، مسألة (٤٠) ، الإفصاح ، في « باب بيع المرابحة » (٣٥٢/١) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الشروط في البيع » (٣٧/٢ ، ٣٨) ، المغني ، « كتاب البيوع » ، فصل : « إذا قال لعبده : إذا بعتك فأنت حر » (٥٧٦/٣ ، ٥٧٧) ، الإنصاف ، « باب الشروط في البيع » (٣٥١/٤ ، ٣٥٢) .

(٢) تقدم تخريجه بلفظ آخر في مسألة (٥٩٩) .

(٣) حرف : [على] ساقطة من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [أو يوصي] وما أثبتناه ساقط من صلب (ع) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بذلك] ، مكان : [بدل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [شرط] ، بدون الباء .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [يخير] وكذلك في (ص) بدون نقط اليايين ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ع) : [بأنه] .

شاء[1] لم يبع ، فإذا شرط قطع خياره ، بأن قال : علي أن لا يبيع ، فسد البيع ، كذلك إذا شرط قطع خياره ، بأن قال : على أن لا يبيعه ، فسد البيع . ولأنه شرط منفعة للمعقود عليه لا يقتضي العقد ، فصار كما لو [2] شرط أن يكاتبه أو يستولدها أو يدبرها .

١٢٥٢٤ - قالوا : لا فائدة للبائع في هذه الشروط ؛ لأن الكتابة يفسخها السيد ، والتدبير يرجع عنه .

١٢٥٢٥ - قلنا : لا نسلم أن التدبير لا يصح ويفضي إلى العتق ، وأما الكتابة : فيجوز أن يكون البائع قصد العتق من حيث الكتابة ، كما يقصد ذلك إذا كاتب بنفسه .

١٢٥٢٦ - قالوا : العتق له من المزية والثبوت ما ليس لغيره من الشروط [3] .

١٢٥٢٧ - قلنا : إذا بقى مقتضى العقد بشرط أثبته [4] كان أقوى في باب الفساد ، وإذا كان الشرط أضعف كان أقرب إلى الصحة ، وهذا ضد قولهم .

١٢٥٢٨ - قالوا : المعني فيما يتم عليه : أنه تجب [5] القيمة ، ولما وجد في مسألتنا المسمى دل على صحة العقد .

١٢٥٢٩ - قلنا : لا نسلم هذا على إحدى الروايتين . وعلى الرواية الأخرى [6] لا يجب الثمن ، وإنما إذا أوقع الحرية صار في معنى العتق على مال ، فيلزمه عوض العتق ؛ ولهذا قال ابن شجاع : لو أعتقه قبل القبض وقع العتق .

١٢٥٣٠ - احتجوا : بما روي ، أن عائشة شرطت أن يكون ولاء بريرة لمواليها وأعتقتها فأنكر علية الصلاة والسلام شرط الولاء ، ولم ينكر شرط العتق [7] ، فدل على أن اشتراطه صحيح ، ولهذا صح عتقها .

١٢٥٣١ - والجواب : أن شرط الولاء لا يدل [8] على شرط العتق ؛ لأنها إذا قالت :

---

(١) في (م) ، (ع) : [وإن لم يشاء] ، بزيادة : [لم] .

(٢) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ن) .

(٣) قاعدة : « العتق له من المزية والثبوت ما ليس لغيره من الشروط » .

(٤) في (ع) : [نفي] ، مكان : [بقي] . وفي (م) : [اسفه] وفي (ع) : [ان] ، مكان : [أثبته] .

(٥) في (م) ، (ع) : [هم] ، مكان : [يتم] وفي (م) : [يجب] ، مكان : [تجب] .

(٦) في (ص) : [أحد] ، مكان : [إحدى] ، وقوله : [وعلي الرواية الأخرى] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) راجع حديث عائشة رضي الله عنها الذي تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٨) ، وفي مسألة (٦٣٩) .

(٨) في (ع) : [يدل] ، مكان : [لا يدل] .

من أعتقها فالولاء لكم ، فإنها شرطت الولاء خاصة ومتي وقع العتق [١] باختيارها ، فلذلك أنكر النبي ﷺ شرط الولاء ولم يتعرض للعتق ؛ لأنه ليس بمشروط ، ولو ثبت أنها شرطت العتق والولاء . وإنكاره عليه الصلاة والسلام للشرط الذي ليس في كتاب اللّٰه حتى خرج عليهم جميعًا فلا نسلم أنه أنكر أحد الأمرين وسكت عن الآخر .

١٢٥٣٢ - فإن قيل : شرط العتق في كتاب اللّٰه ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ [٢] ، وقال تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٣] .

١٢٥٣٣ - قلنا : في القرآن جواز العتق ، وليس فيه جواز اشتراطه على المشتري ، كما أن في القرآن جواز البيع والصدقة ، ولم يدل ذلك على جواز اشتراطه علي المشتري ، إلا أن من أصلنا : أن البيع الفاسد إذا قَبَضَ المبيعَ مَلَكَ وَنَفَذَ العِتْقُ فيه ، فلذلك أجاز عليه الصلاة والسلام عتقها وأبطل شرط الولاء . وما روي أن النبي ﷺ أمرها بالشراء ليس بصحيح ، وقد تكلمنا عليه فيما مضى [٤] .

١٢٥٣٤ - قالوا : مقبوض عن بيع مضمون عليه بالثمن [٥] ، فوجب أن يكون بيعًا صحيحًا ، كالعتاق .

١٢٥٣٥ - قلنا : الوصف غير مسلم على احدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى [٦] لا نسلم أنه مضمون بالثمن ، وإنما هو مضمون بالثمن بعوض العتق ، وإنما سميناه [٧] ثمنًا فهو كالبيع الفاسد الذي تزيد فيه [٨] قيمة المبيع على المسمى ، فهو مستحق على وجه القيمة وإن كان مقدرًا بالثمن ، والمعنى في البيع المطلق : أنه عري عن الشروط فلم يفسد من جهة الشرط ، وفي مسألتنا : شرط قطع الملك فيه على وجه لا يقتضيه العقد .

١٢٥٣٦ - قالوا : معاوضة شُرِطَ العتق في عوضها [٩] فوجب أن تصح ، كالكتابة .

١٢٥٣٧ - قلنا : يبطل إذا قال : أبيعك بما باع به فلان ؛ ولأن جملة الثمن وإن أمكن الوقوف عليها بفعل غيرهما فعند العقد مجهولة عند المبتاع ، وهذا معنى يؤثر في

---

(١) في (ع) : [في العتق] ، بزيادة : [في] .
(٢) سورة البلد : الآية ١٣ .
(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .
(٤) يعني : المسألة السابقة (٦٣٩) .
(٥) قوله : [بالثمن] ساقط من (ع) .
(٦) في (ص) : [احد] ، مكان : [احدي] ولفظ : [الأخرى] ساقط من صلبها واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (ع) : [سمياه] ، مكان : [سميناه] .
(٨) في (ع) : [لا يزيد] ، مكان : [يزيد] .
(٩) في (ع) : [تعاوضها] ، وفي (م) ، (ص) : [تعوضها] .

العقد [1] .

١٢٥٣٨ - قالوا : الثمن إذا كان معلومًا في الجملة لم يجب أن يكون معلوما في التفصيل [وكذلك إذا صار معلومًا في التفصيل لم يجب أن يكون معلومًا في الجملة ؛ لأن العلم بقدر الثمن في التفصيل] ينفي [2] غرر الجهالة عن العقد ، كما ينفيه العلم بقدره في الجملة .

١٢٥٣٩ - قلنا : إذا علم ثمن الجملة و [3] لم يعلم وجه التفصيل فكل جزء عن الجملة انفرد بالعقد بجهالة حصته كانت غير مؤثرة . وإذا بين ثمن الجزء فالجملة [4] معقود عليها وثمنها غير معلوم ، وجهالة ثمن ما يتناوله العقد على حاله [5] بعد العقد ، كما لو باع بما باع به فلان .

١٢٥٤٠ - فإن قيل : هناك لا يبقي الغرر ؛ لأنه يجوز أن [يزول بعملهما [6] .

١٢٥٤١ - قلنا : وههنا لا يبقي الغرر ؛ لأنه يجوز أن] [7] يبيع الصبرة كيلًا لا يتمكن [8] من تفصيل ثمنها مع معرفة جملته [9] .

* * *

(١) قوله : [يؤثر في العقد] ساقط من (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (ع) : [يبقي] ، مكان : [ينفي] .

(٣) قوله : [ثمن الجملة و] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في جميع النسخ : [الجملة] ، تصويبه ما أثبتناه .

(٥) في (ع) : [علي حيالة] .

(٦) في (ع) : [الغائبان] ، مكان : [اتفاقيا] ، وفي (ص) : [يكون اتفاقيا] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ع) : [لا ينتفي] ، مكان : [لا يبقي] وما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [يتمكن] ، مكان : [لا يتمكن] .

(٩) الجملة الأخيرة مضطربة ؛ فقد جاءت على النحو التالي : « لأنه يجوز أن يبيع الصبرة كيلا لا يتمكن من تحصيل ثمنه ومثلها لا يصح له ، وقد يفضل الإنسان مثله دون سلع » ، وقد بذلنا جهد الطاقة للتعبير عن المعنى الذي يتفق مع السياق .

مسألة ٦٤١

بيع جزء مشاع من دار

١٢٥٤٢ - قال أبو حنيفة [١] : إذا باع ذراعًا من دار لم يجز حتى يبين موضع المبيع [٢] .

١٢٥٤٣ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يجوز البيع ، وتذرع الدار فيكون بائعا لسهم مشاع منها [٣] .

١٢٥٤٤ - وقال الشافعي : إذا سمى [٤] جملة ذرعها ، أو كانا يعلمان ذلك جاز البيع ، ووقع علي سهم مشاع [٥] .

١٢٥٤٥ - لنا : أن الدار عبارة عما يقع عليه المساحة ، وذلك لا يكون إلا مر في معين ولهذا لا يصح بيع ذراع من شاة ، فلو كان عبارة عن سهم لصح بيعه من الشاة ، وما كان عبارة عن جزء معين لم يجز حمله على المشاع ليصح العقد ، كما لو قال : بعتك يد هذا العبد لم يصح البيع ، والحمل على بعضه ليصح العقد ، وإن كانت اليد من الجناية مقدرةً بالنصف .

١٢٥٤٦ - ولأنه باع ذراعًا مشاعًا من دار فلم يصح ، كما لو لم يعلم قدر الذراع .

١٢٥٤٧ - ولأنه عقد وقع علي ذراع من دارهما لا يعلمان ذرعها ، فلم يصح وإن علماه ، كما لو باعه قبل القبض .

---

(١) ورد في (ص) في أول المسألة : [بسم الله الرحمن الرحيم] ، وقوله : [قال أبو حنيفة] ساقط من صلبها واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [البيع] .

(٣) لفظ : [منها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . راجع : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، في « فصل بيع ذراع من دار » (٣٩٩/١) ، مسألة (٢٠٧٨ - ٢٠٨٠) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٦٢/٥ ، ١٦٣) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٢٧٥/٦) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١١/٢ ، ١٢) .

(٤) لفظ : [سمى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) راجع : المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٣١٠/٩ ، ٣١٦) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (١٠٧/٤) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » ، « فصل : ولو باع ما لا تتساوى » (١٤٤/٤ ، ١٤٥) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٣٠٥/٤ ، ٣٠٦) .

١٢٥٤٨ – احتجوا : بأن ذرعان الدار إذا كانت معلومة وكانت عشرة فكأنه قال : بعت عشرها .

١٢٥٤٩ – قلنا : إذا باع العشر لم يزد البيع ولم ينقص ، وإذا باع الذراع جاز أن يزيد ذرع الدار فيكون بائعًا أكثر من ذراع ، أو ينقص فيكون بائعًا دونها .

ولهذا نقول : إنه لو باع قفيزًا من هذه الصبرة وهما يعلمان أنها عشرة أقفزة لم يكن بائعًا لعشرها حتى لو [1] أراد كيلها كان البيع على قفيز واحد ، ولم يزد ، ولو هلك بعضها لم ينفسخ البيع في شيء من القفيز .

١٢٥٥٠ – فإن قيل : إذا احتمل الذراع ما قلتم ، واحتمل السهم وجب أن يحمل على ما يصح منه [2] العقد .

١٢٥٥١ – قلنا : لا يجوز أن يحمل اللفظ على ما لا يعبَّر [3] به عنه ليصح العقد [4] ، وقد بينا أن الذراع ليس بسهم .

١٢٥٥٢ – ولأن حمله على ذلك مخالف [5] لموضوع العقد ؛ لأن العقد على السهم يقتضي استحقاق عشر الدار زادتْ أو نقصتْ ، وحمله على الذراع [6] يقتضي مقدارًا معينًا لا يزيد ولا ينقص ؛ ولا يجوز أن يحمله على ما دار بين [7] الزيادة والنقصان .

١٢٥٥٣ – قالوا : لا فرق بين أن يوصي بقفيز من كل عشرة أقفزة من هذا الخارج وبين أن يوصي بعشره [8] .

١٢٥٥٤ – قلنا : بينهما فرق ؛ لأنه إذا قال [9] : أوصيت بعشرها فخرج منه عشرة أقفزة وهلك بعضها قبل القسمة هلك من الحقين [10] ، وإذا قال : أوصيت بقفيز [11]

---

(١) لفظ : [لو] ساقط من (ع) .

(٢) في (ع) : [معه] ، مكان : [منه] .

(٣) في (ص) : [لا يعتبر] .

(٤) قاعدة : « لا يجوز أن يحمل اللفظ على ما لا يعبَّر به عنه ليصح العقد » .

(٥) في (ع) : [يخالف] .

(٦) في (ع) وفي هامش (ص) : [الدار] ، مكان : [الذراع] .

(٧) [دار بين] بدل : [تعين إلى] المثبتة في النسخ جميعها .

(٨) في (ع) : [بعشرة عليه] ، بزيادة : [عليه] .

(٩) قوله : [لأنه إذا قال] مكرر في (ص) .

(١٠) لفظ : [هلك] غير واضح في (ص) ، وفي (ع) : [من القفيز] ، مكان : [من الحقين] .

(١١) في (ع) : [قفيز] ، بدون الباء .

من كل عشرة فأخرج عشرة وهلك بعضها استحق القفيز [1] مما بقي إذا خرج من الثلث ، ولم يسقط شيئًا من نصيبه ؛ فدل أن أحد اللفظين عبارة عن المشاع [2] ، والآخر عبارة عن مقدار معين .

* * *

(١) في (ع) : [التعين] ، مكان : [القفيز] .
(٢) في (ع) : [البتاع] ، مكان : [المشاع] .



ما الحكم لو قطع البائع يد العبد قبل التسليم ؟

١٢٥٥٥ - قال أصحابنا : إذا قطع البائع يد العبد قبل التسليم ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذه بنصف الثمن ، وإن شاء فسخ [1] .

١٢٥٥٦ - وقال الشافعي : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء فسخ [2] .

١٢٥٥٧ - لنا : أنه حبس لنفسه بعض المبيع ، فلم يستحق جميع الثمن وإن أخّر العقد ، كما لو كان طعامًا فأكل بعضه .

١٢٥٥٨ - فإن قيل : المعنى في الطعام : أن الثمن [3] ينقسم على أجزائه ؛ بدلالة : أنه لو هلك بآفة سماوية [4] سقطت حصته ، وأطراف العبد لا ينقسم عليه الثمن يضمن بالجناية ، وإن لم يضمن بالتلف ، كما لو أتلفه أجنبي .

١٢٥٥٩ - ولأنه إذا تلف بآفة من السماء لم يسقط شيئًا من الثمن ؛ لأن الابتياع لا يضمن بالعقود ؛ بدلالة : أنه لا يُفْرِدُها ، وليس من جهة البائع إلا العقد .

وأما الجناية : فهي قبض ، والابتياع يضمن بالمقبوض ؛ لأنه صح إفرادها بها .

١٢٥٦٠ - ولأنها جناية أحد المتعاقدين قبل القبض فكانت مضمونة ، كما لو قطع المشتري يد العبد ثم هلك العبد بسبب آخر ضمن المشتري حصة اليد .

١٢٥٦١ - [و] [5] لأنها جناية من البائع على المبيع قبل القبض ؛ فسقط حصة

---

(١) راجع : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « فصل : قطع البائع يد العبد قبل القبض » (٣٩١/١ ، ٣٩٢) ، مسألة (٢٠٣١ - ٢٠٣٤) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية « باب خيار العيب » (٣٩٢/٦ ، ٣٩٣) .

(٢) قال الشيرازي : « فإن كان المبيع عبدًا فذهبت يده بآكله فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك ، فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن ، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن ؛ لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن ، وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان » . راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع » ، « فصل : إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم » (٨٩/١٣) ، المنتقي « العيب في الرقيق » « الباب الأول في بيان المعاني التي تثبت الخيار » (١٩٨/٤) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٤٦٤/٤ ، ٤٦٥) .

(٣) في (ع) : [المعنى] ، مكان : [الثمن] .

(٤) في (ع) : [من السماء] ، مكان : [سماوية] .

(٥) الزيادة من (ع) .

ذلك من الثمن ، كما لو كانت في المجلس .

١٢٥٦٢ - ولأن تسليم بعض المبيع تعذر [1] بفعل البائع ، فلم يكن له المطالبة بجميع الثمن وإن أخَّر العقد ، كما لو فسخ في أحد العبدين جاز ، كمن باع من أبيه جاريتين فاستولد إحداهما [2] قبل القبض .

١٢٥٦٣ - احتجوا : بأنه جزء لا ينقسم على الثمن ، فإذا تلف في يد البائع قبل التسليم لم يسقط من الثمن شيء ، كما لو تلف بآفة من السماء .

١٢٥٦٤ - قلنا : ما لا ينقسم عليه الثمن لا يضمن بالعقد .

١٢٥٦٥ - فأما الجناية فمضمونة ، بدلالة : جناية الأجنبي عليه تعتبر له حصته وإن لم ينقسم الثمن عليه ، ويفارق ما ذهب بآفة سماوية .

١٢٥٦٦ - فإن قيل : الأجنبي يضمن بالعقد والبائع لا يضمن / . ١٤٧/ب

١٢٥٦٧ - قلنا : الكلام في التسوية بينهما في الضمان ، فأما كيفية الضمان فيجوز أن تختلف ؛ ألا ترى : أن المبيع يضمنه المشتري بالثمن والغاصب بالقيمة ، والمرتهن بالدين وإن [3] استوى جميع ذلك في الضمان .

١٢٥٦٨ - وإنما [4] فارق البائع الأجنبي ؛ لأن البائع لو ضمن بالقيمة وجب عليه تسليمها بعقد البيع [5] ؛ بدلالة : أنا لو قدرنا ارتفاع البيع لم يتعين الضمان ، فلم يكن [ضمانه] [6] في ذمته ، فجاز أن يلزمه .

١٢٥٦٩ - قالوا : لو كان الطرف مضمونًا استوي إن هلك بفعل البائع ، أو آفة من السماء كجملة العبد .

١٢٥٧٠ - قلنا : جملة العبد مضمونة بالبيع ؛ لأنه تناولها [7] ، فكيف كان التلف [وجب ضمان] [8] بدلها .

١٢٥٧١ - وأما الطرف فلا يصح إفراده بالعقد ، فلم يُضْمَنْ به وإن ضُمِن بالقبض ؛ لأنه يصح إفراده به .

---

(١) في (ع) : [نفذت] وكذلك في (ص) بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ع) : [أحدهما] ، وفي (ص) : [أحديهما] .

(٣) في (ع) : [فإن] .

(٤) في (ع) : [وإلا] ، مكان : [وإنما] .

(٥) في (ع) : [المبيع] .

(٦) ما بين القوسين بدل [صنعة] المثبتة في النسخ كلها .

(٧) في (ع) : [يناولها] .

(٨) ما بين القوسين زيادة لازمة .

١٢٥٧٢ - يبين [١] ذلك : أن الطرف لا ينقسم الثمن عليه ، ولم يمنع ذلك أن يضمنه المشتري بانفراده إذا جنى عليه ، وكذلك العبد في يد البائع من غير جناية ، وكذلك إذا أتلفه البائع جاز أن يكون مضمونًا عليه ، وإن لم يكن مضمونًا [٢] ، وإن لم يكن الثمن انقسم عليه .

* * *

(١) في (ع) : [تبين] .

(٢) في (ع) : [مضمونًا عليه] ، بزيادة : [عليه] .


مسألة ٦٤٣

تصرف الفضولي

١٢٥٧٣ - قال أصحابنا : إذا باع ملك غيره ، وقف العقد على إجازة المالك ، فإن أجازه جاز ، وإن فسخه بطل .

١٢٥٧٤ - وأما المشتري : فإن أضافه إلى غيره [(١)] ، فقال : اشتريت هذا الثوب لفلان بألف ، فقال البائع : بعته منك وقف [(٢)] .

١٢٥٧٥ - وقال الشافعي : لا يقف العقد ، ولا ينعقد [(٣)] .

١٢٥٧٦ - لنا : حديث عروة البارقي ﷺ قال : « أعطاه النبي ﷺ دينارًا ليشتري به أضحية أو شاة ، فاشترى شاتين ، فباع إحداهما [(٤)] بدينار ، وأتاه بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى ترابًا لربح فيه » [(٥)] .

---

(١) في (ع) : [عين] ، مكان : [غيره] وهو تصحيف .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٢ ، ٨٣ ، بدائع الصنائع « فصل الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٨/٥) ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية « باب الاستحقاق » ، « فصل بيع الفضولي » (٥١/٧ - ٥٦) ، إيثار الإنصاف « كتاب البيوع » ص٣٠٥ - ٣٠٨ .

(٣) راجع : الأم ، « باب بيع الفضولي وليس في التراجم » (١٦/٣) ، مختصر البويطي ، آخر « الغصب » ، ورقة (٣٥ب) ، المهذب ومعه المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٢٥٨/٩ - ٢٦٣) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٧٤/٤ - ٧٧) ، بداية المجتهد ، « الباب الأول في العقد » (١٨٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الأول في أركان البيع » ص ٢٤٨ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » ، في « بيع الفضولي » (٣٥٢/١ ، ٣٥٣) ، مسألة (٤١) ، الإفصاح « باب بيع المرابحة » (٣٥١/١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيع » ، « فصل : ولا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها » (٢٠/٢ ، ٢١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » ، « فصل : وإن اشترى بعين مال الآمر إلخ » (٢٢٧/٤ ، ٢٢٨) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٨٣/٤) .

(٤) في (ص) ، (ع) : [ثنتين] ، مكان : [شاتين] ، و [أحدهما] مكان المثبت ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب في المضارب يخالف » (٢٥٢/٢) ، والشافعي في المسند : « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٩/٢ ، ١٦٠) ، الحديث (٥٥٣) ، وأحمد في المسند (٣٧٥/٤ - ٣٧٦) ، والبخاري في الصحيح ، « كتاب بدء الخلق » ، « باب « قبل » باب فضائل أصحاب النبي ﷺ (٢٨٦/٢) ، وأخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » (٥٥٠/٣) ، الحديث (١٢٥٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب الأمين يتجر فيه فيربح » (٨٠٣/٢) ، الحديث (٢٤٠٢) .

والشراء[١] ؛ بدلالة : أن حكيمًا باع الشاة وسلمها ، ومن باع ما لا يملك بغير إذن صاحبه لا يسلمه قبل الإجازة ، وقبض الثمن وتصرف فيه واشترى شاة أخرى ، وهذه غير مأذون في شرائها ، وعندكم يلزمه الشري ، ولا يقف .

١٢٥٨٤ - وأما حديث عروة : فقد أذن له في شراء [٢] شاة ، وإذا اشترى شاتين ، إحداهما [٣] له بحصتها من الثمن ، فإذا باعها بنفسه والثمن له ، فلما أعطى الثمن رسول الله ﷺ دل على أن التوكيل عام [٤] .

١٢٥٨٥ - قلنا : المنقول في الخبر توكيل خاص ، والحكم إذا نقل مع سببه فالظاهر أنه تعلق به ، وإن تعلق بغيره لا يثبت إلا بنقل .

١٢٥٨٦ - ولأنه لو كان وكلهما توكيلًا عامًّا لم يكن لنقل [٥] التوكيل الخاص معنىً ، فلما ذكر توكيلًا خاصًّا دل أن الحكم تعلق به .

١٢٥٨٧ - فأما قوله : « إن حكيمًا سلم ما اشترى ، فيجوز أن يبيع بيعًا موقوفًا ويسلم [٦] تسليمًا موقوفًا أيضًا ، ويقبض الثمن كذلك .

١٢٥٨٨ - [وقولهم : إنه تصرف في الثمن ، وإذا اشترى عبدا بثمن في ذمته لا يعتبر ذلك الدينار] [٧] .

١٢٥٨٩ - وأما قولهم : « إنه اشترى شاة ، والشرى لا يقف عندكم : فليس [بصحيح ؛ لأن أمره إياه بشراء أضحية يتناول ما يضحي به ؛ لأن الأضحية] تقدر بعد تضمن الأمر العقد ، فالشاة الثانية ابتاعها بمقتضى الأمر الأول .

١٢٥٩٠ - وكذلك عروة أُمِرَ بشراء أضحية فاشترى شاتين بموجب الأمر ؛ لأن الأضحية ما يضحي به ، فكلاهما للنبي ﷺ فباع إحداهما بيعًا موقوفًا .

١٢٥٩١ - قالوا : عروة لم يشتر للنبي ﷺ شيئًا ، وإنما أخذ الدينار من النبي ﷺ

---

(١) في (ص) ، (م) : [والشري] .

(٢) في (م) ، (ع) : [شري] .

(٣) في (ص) : [شاتان إحداهما] ، وفي (م) ، (ع) : [سيئا من أحدهما] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [عاما] .

(٥) في جميع النسخ : [انتقل] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [وسلم] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

والشراء[1] ؛ بدلالة : أن حكيمًا باع الشاة وسلمها ، ومن باع ما لا يملك بغير إذن صاحبه لا يسلمه قبل الإجازة ، وقبض الثمن وتصرف فيه واشترى شاة أخرى ، وهذه غير مأذون في شرائها ، وعندكم يلزمه الشري ، ولا يقف .

١٢٥٨٤ - وأما حديث عروة : فقد أذن له في شراء [2] شاة ، وإذا اشترى شاتين ، إحداهما [3] له بحصتها من الثمن ، فإذا باعها بنفسه والثمن له ، فلما أعطى الثمن رسول الله ﷺ دل على أن التوكيل عام [4] .

١٢٥٨٥ - قلنا : المنقول في الخبر توكيل خاص ، والحكم إذا نقل مع سببه فالظاهر أنه تعلق به ، وإن تعلق بغيره لا يثبت إلا بنقل .

١٢٥٨٦ - ولأنه لو كان وكلهما توكيلًا عامًّا لم يكن لنقل [5] التوكيل الخاص معنىً ، فلما ذكر توكيلًا خاصًّا دل أن الحكم تعلق به .

١٢٥٨٧ - فأما قوله : « إن حكيمًا سلم ما اشترى ، فيجوز أن يبيع بيعًا موقوفًا ويسلم [6] تسليمًا موقوفًا أيضًا ، ويقبض الثمن كذلك .

١٢٥٨٨ - [وقولهم : إنه تصرف في الثمن ، وإذا اشترى عبدا بثمن في ذمته لا يعتبر ذلك الدينار] [7] .

١٢٥٨٩ - وأما قولهم : « إنه اشترى شاة ، والشرى لا يقف عندكم : فليس [بصحيح ؛ لأن أمره إياه بشراء أضحية يتناول ما يضحي به ؛ لأن الأضحية] تقدر بعد تضمن الأمر العقد ، فالشاة الثانية ابتاعها بمقتضى الأمر الأول .

١٢٥٩٠ - وكذلك عروة أُمِرَ بشراء أضحية فاشترى شاتين بموجب الأمر ؛ لأن الأضحية ما يضحي به ، فكلاهما للنبي ﷺ فباع إحداهما بيعًا موقوفًا .

١٢٥٩١ - قالوا : عروة لم يشتر للنبي ﷺ شيئًا ، وإنما أخذ الدينار من النبي ﷺ

---

(١) في (ص) ، (م) : [والشري] .

(٢) في (م) ، (ع) : [شري] .

(٣) في (ص) : [شاتان إحداهما] ، وفي (م) ، (ع) : [سيئا من أحدهما] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [عاما] .

(٥) في جميع النسخ : [انتقل] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [وسلم] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

فأمسكه واشترى لنفسه شاتين بدينار ، فأخذه لنفسه وبقيت الشاة [1] لعروة ، ودينار النبي ﷺ معه .

الدليل عليه : قوله ﷺ[2] : « هذه الشاة وهذا ديناركم » [3] .

١٢٥٩٢ – قلنا : لو كان كما قالوا : كانت الشاة هبة إلى النبي ﷺ والنبي لم يستوهبه ولا قبل الهبة ، على ظاهر الخبر أنه ابتاع ما أمره بابتياعه ، فإن ثبت أنه قال : « هذا ديناركم » ، ولم يذكر أبو داود هذه اللفظة [4] ، فمعناه : أن ثمن مالكم .

١٢٥٩٣ – والذي نقل في أنه لم يكن وكيلًا بالبيع ، أنه عليه [الصلاة و] السلام أمره بشراء أضحية ، وبيع الأضحية يكره بعد ابتياعها ، والنبي ﷺ لا يأمر بمكروه [5] ، فكيف يكون موكلًا ببيعها ؟ .

١٢٥٩٤ – فإن قيل : فكيف أجاز النبي ﷺ البيع المكروه ، .

١٢٥٩٥ – قلنا : يجوز أن يكون أجازه ؛ لأنه لا يمكن استدراك الشاة .

١٢٥٩٦ – فإن قيل : تصدق [6] عليه [الصلاة و] السلام بالدينار ، ويدل عليه : أنه لم يجز العقد .

١٢٥٩٧ – قلنا : بل هو الدليل ؛ لأنه لو لم يجز العقد] [7] لأمر برده أو إمساكه إلى أن يحضر المشتري ، وإنما تصدق به ؛ لأنه كان أخرج الأصل من ملكه على وجه القربة .

١٢٥٩٨ – وذكر عيسى بن أبان بإسناده ، عن حميد الطويل ، عن الحسن : « أن رجلا باع جارية لابنه فحبلت من المشتري فقدم سيدها الأول ، فخاصم في جاريته إلى عمر ، فقضي له بالجارية ، وأمر المشتري أن يلزم البيع ابن الرجل ، فلما رأى أنه مأخوذ بها سلم بيعه » [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وبقي الشاة] ، وفي (ص) : [وبقيت للشاة] ، بدون نقطة التاء في [بقيت] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [ﷺ] ، وفي (م) ، (ع) : [عليه السلام] وهو خطأ ، الصواب ما أثبتناه ؛ لأن القائل هو عروة بن أبي الجعد ، وليس النبي ﷺ .

(٣) أخرجه الدارقطني (١٠/٣) ، الحديث (٣٠) .

(٤) في (ع) : [اللقطة] .　　(٥) في (ص) : [بالمكروه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الصدقة] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لم نهتد إلى هذا الأثر بعد .

١٢٥٩٩ - وذكر عن منصور ، عن الحكم ، قال : « غاب رجل وترك جارية عند ابنه وامرأته ، فباعها رجلًا وشرط له الخلاص ، فلما قدم الرجل طالب المشتري ، وقال : جاريتي لم أبع ولم أهب ، فقال الرجل : اشتريتها من ابنك ، وجاريتك قد ولدت لي غلامًا ، فاختصما إلى عليّ ، فقال عليّ : سلم بيع ولدك وامرأتك ، فقد ولدت للرجل ، فقال : ما أنا بفاعل ، قال : بل [1] فاعل ، قال أذكرك كتاب الله ، قال : خذ بيد جاريتك فأخذها [2] ، وقال للرجل : احبس امرأتك بالخلاص ، قال : فسلم بيعهما » [3] .

١٢٦٠٠ - وهذا من مذهب عمر ، وعليّ ﷺ [4] : أن البيع موقوف تلحقه [5] الإجازة .

١٢٦٠١ - ويدل عليه : أن شطر [6] العقد يجوز أن يقف على معنى ينضم إليه ، وهو الشطر الآخر ، فيقع الملك بهما ، وهو أضعف من جملة العقد ، فلأن تقف جملة [7] العقد على معنى من جهة الملك ليقع الملك بهما أولى .

١٢٦٠٢ - ولا يمكن [8] القول بموجبه في بيع المرتد على أحد القولين ؛ لأن عندهم إن أسلم تبين أن العقد كان صحيحًا ، وإن [9] لم يسلم تبين أنه كان باطلًا ، وأما أن يقف : فلا .

١٢٦٠٣ - وإن شئت قلت : إن كل واحد من الشطرين [10] يقف على معنى ينضم إليه ، لو تقدم عليه وقع الملك به .

١٢٦٠٤ - فإن قيل : شطر العقد لا يقف على ما بعد المجلس .

١٢٦٠٥ - قلنا : لأنه أضعف من جميع العقد فلضعفه ما وقف على حال المجلس ، ولقوة جملة العقد ما وقف على المجلس وما بعده .

١٢٦٠٦ - وعلى الطريقة الثانية : أن المعنى الذي يتأخر عن أحد الشطرين لو تقدم

---

(١) لفظ : [بل] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٣) في (ص) : [امرأته] ، مكان : [امرأتك] ، وفي (م) ، (ع) : [للخلاص] ، مكان : [بالخلاص] ، ولم نقف علي هذا الأثر بعد .
(٤) في (م) ، (ع) : [علي وعمر] بالتقديم والتأخير .
(٥) في (م) ، (ع) : [الموقوف يلحقه] .
(٦) في (م) ، (ع) : [شرط] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يقف جميع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فلا يمكن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [شرطين] .

عليه في المجلس دفع [1] الملك ، وإن تقدمه في غير المجلس لم يتعلق به حكم ، كذلك إذا تأخر عنه .

١٢٦٠٧ - [وجملة العقد يقف على معنى لو تقدمه في المجلس وغير المجلس وقع [2] الملك ، وكذلك إذا تأخر عنه] [3] .

١٢٦٠٨ - فإن قيل : شطر العقد إنما يقف على الشطر [4] الآخر للضرورة ؛ لأنه لا يجوز أن يقع العقد ، ولا ضرورة في وقوف جملة على العقد .

١٢٦٠٩ - قلنا : لا ضرورة إلى تأخر أحد الشطرين ؛ لأنهما تقاولا على العقد فجاز [5] أن يتكلما بالعقد معًا ؛ لأنه أخَّر أحدهما عن الآخر .

١٢٦١٠ - ولأنه يجوز أن يثبت في العقد معنى الضرورة ، ثم يثبت مثله في العقد من غير ضرورة ، كخيار الفسخ بالعُنَّة ، فثبتت الضرورة وثبت الشرط من غيره ضرورة .

١٢٦١١ - قال أصحابنا : ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فجاز أن يقف على إجازة مجيزه ، كالوصية للوارث ، وبما زاد على الثلث .

١٢٦١٢ - قالوا : لا مجيز للوصية عند وقوعها [وإنما تصح الإجازة بعد الموت ، وتلك حالة لزومها .

١٢٦١٣ - قلنا : بل ذاك حال وقوعها] ؛ لأن الوصية عقد مضاف [6] إلى الموت ، ولهذا لا يصح قبولها بعد الموت ، فدل أن تلك الحالة حال وقوعها .

١٢٦١٤ - قالوا : فعندنا [7] الوصية لا يلحقها الإجازة ، وإنما تكون [8] الإجازة هبة من جهة الورثة .

١٢٦١٥ - قلنا : الدليل على بطلان ذلك : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [منع] ، مكان : [دفع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [رفع] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [الشطر] .

(٥) في (ع) : [يتاولا] ، مكان : [تقاولا] ، وفي (م) ، (ع) : [قلنا جاز] ، بزيادة : [قلنا] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [يضاف] ، مكان : [مضاف] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بقيدنا] ، مكان : [فعندنا] .

(٨) في (م) : [يكون] .

وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة (١) ، فدل أن ذلك ليس تأييدا بملك ، وإنما هو إجازة .

١٢٦١٦ - والأصلح / أن نقول (٢) : عقد لو وقع على ما لم يتعلق به حق الغير نفذ ، ولمَّا وقع على ما تعلق به حق الغير ، ولم ينفذ ، جاز أن يقف على معنى من جهة مقدمة العقد ، كما لو أوصى وعليه ديون ، وأبرأ الغرماء من الديون . ١٤٨/أ

أو نقول (٣) : وإذا وقع على ما يتعلق به حق الغير انعقد .

١٢٦١٧ - أو نقول : عقد يجوز أن يقف على الفسخ ؛ فجاز أن يقف على الإجازة ، كالوصية مع الدين ، والوصية بجميع الملك .

١٢٦١٨ - فإن قيل : المعنى في الوصية : أنها لا تصح (٤) في المجهول ويتعلق به الحظر ، فله الرد والمبيع بخلافه .

١٢٦١٩ - قلنا : تبطل (٥) علة الأصل بالطلاق والعتاق ، فإنه يصح في المجهول ويتعلق بالحظر ، ولا يقف علي الإجازة عندكم .

١٢٦٢٠ - فإن قيل (٦) : المعنى في الوصية : أنها تقف (٧) على مستحدث الملك ؛ لأنه وصى بالثلث ولا مال له ، ثم يستفيد ما لا ينفذ الوصية فيه ، أو يوصي بعبد فلان إلى ملكه (٨) فيجوز ، فلذلك وقف على الإجازة ، والبيع بخلافه .

١٢٦٢١ - قلنا : إنما تعلقت الوصية بمستحدث الملك ؛ لأنها تتعلق بالشرط في الملك ؛ ألا ترى (٩) : أنه إذا قال : إن مت من مرضي هذا فقد أوصيت بكذا صح ، فلذلك (١٠) تعلق بمستحدث الملك . والبيع لا يتعلق بشرط في الملك ، [فلا يتعلق بمستحدث الملك وصفًا ، والاختلاف لا يمنع التساوي في الوقوف] (١١) ، بدليل : أن

---

(١) في سنن الدارقطني : « أن يجيز » بدون : « ها » . وهذا الحديث : أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب الفرائض والسير وغير ذلك » (٩٨/٤) ، الحديث (٩٣ ، ٩٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الوصايا » ، « باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين » (٢٦٣/٦ ، ٢٦٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يقول] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يقول] .

(٤) في (م) : [لا يصح] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يبطل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [قالوا] .

(٧) في (م) : [يقف] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لعبد] ، مكان : [بعبد] وقوله : [إن ملكه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش.

(٩) في (ص) : [ألا يرى] .

(١٠) في (ص) : [فلذلك] ، وفي غيرها فكذلك .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

الطلاق والبيع يختلفان في جواز التعلق بالشرط ، ويتساويان عندنا في الوقوف ، وعند مخالفنا في امتناع الوقوف مع الاختلاف في المعلق بالشرط .

١٢٦٢٢ - ولأنه عقد لو وقع برضا مالكه نفذ ، وإذا وقع بغير رضاه انعقد ، أصله : الملتقط الغني إذا تصدق باللقطة .

١٢٦٢٣ - فإن قيل : عندنا لا تقف [1] الصدقة ، [وإنما يتملك الملتقط ويتصدق بها فينفذ .

١٢٦٢٤ - قلنا : التعليق رفع الانعقاد] [2] ، وكيفية الانعقاد لم يتعرض لها .

١٢٦٢٥ - ولو عللنا الوقوف دل على الأصل النص ، وهو قوله عليه [الصلاة و] السلام : « فإن جاء صاحبها فليخيره بين الأخذ والضمان » [3] .

١٢٦٢٦ - وإجماع الصحابة : وهو ما روي عن عمر ، وعليٍّ ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وأبي هريرة ﷺ [4] أنهم قالوا في اللقطة : « يُعَرِّفها حولًا ، فإن جاء صاحبها فهو بالخيار ، إن أراد الأجر فله الأجر ، وإن أراد الضمان فله الضمان » [5] .

١٢٦٢٧ - فإن قيل : روي عن ابن عمر أنه قال : « يدفعها إلى الإمام » [6] .

١٢٦٢٨ - قلنا : قد روينا [7] عنه مثل قولنا ، فيتعارض قوله ، وبقي لنا قول بقية الصحابة ﷺ .

ولأنه يحتمل أن يقول : ادفعها إلى الإمام ليتصدق بها ، ويكون التخيير في فعل الإمام .

١٢٦٢٩ - فإن قيل : معناه : [إن جاء صاحبها فليخيره بين الأجر ، وإن تبين من الضمان ، وبين أن يضمنه] [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يقف] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لم نعثر علي هذا الحديث . (٤) في (م) ، (ع) : [أبو هريرة] .

(٥) لم نعثر علي هذا الأثر من وجوه هؤلاء الصحابة بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب اللقطة » (١٠/١٣٧ - ١٤٠) ، الآثار (١٨٦٢٣ ، ١٨٦٢٦ - ١٨٦٣٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب اللقطة » ، « باب اللقطة يأكلها الغني والفقير إذا لم تعترف بعد تعريف سنة » (٦/١٨٦) .

(٦) أخرجه البيهقي (٦/١٨٩) . (٧) في (م) ، (ع) : [رويناه] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن كلمة : [تبين] غير واضحة ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

١٢٦٣٠ – قلنا : ظاهر الخبر : أن هناك أجرًا حاصلا مُراعىً [١] يُخير في الرضا به ، أو في تركه والعدول إلى الضمان .

١٢٦٣١ – ولأن كل عقد قارنه الرضا نفذ [٢] . أصله : الحاكم إذا باع مال المفلس .

١٢٦٣٢ – احتجوا : بحديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق فيما لا يُملك ، ولا بيع فيما لا يُملك » [٣] .

١٢٦٣٣ – قلنا : هذا مرسل ، عند الشافعي لا يثبت به حجة ، ثم إطلاق البيع يقتضي ما وقع للعاقد [٤] ، ولهذا نقول : إن الوكيل والموكل لو اختلفا في العقد كان القول قول الوكيل ؛ لأن إطلاق العقد [اقتضى] [٥] أن يقع له ، وعندنا من باع ملك غيره لنفسه لم ينعقد [٦] البيع ولم يقف .

١٢٦٣٤ – احتجوا : بحديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما ليس عندكم » [٧] .

١٢٦٣٥ – الجواب : أن ظاهر الخبر يقتضي أن المعنى المانع من العقد : أن المبيع ليس عنده ، وعند مخالفنا لو باع ما في يده لغيره لم ينعقد البيع ؛ فوجب أن يحمل الخبر على ما يؤثر فيه المعنى الذي أشار إليه [٨] عليه [الصلاة و] السلام ، وهو بيع الآبق ، وبيع الطير في الهواء [٩] ، وما أشبه ذلك .

---

(١) في (م) ، (ع) : [اخر يخير مراعاة] ، مكان : [أجر حاصل مراعى] ، إلا أن في (ص) : [مراعا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [نفذ] ساقط من (م) ، (ع) ، وقد حذفنا جملة جاءت بعد الكلمة ، وهي : [فإذا عدم الرضا انعقد] .

(٣) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار « باب بيان مشكل ما روي عن النبي ﷺ من قوله : « لا طلاق إلا من بعد نكاح إلخ » (٢٨١/١) ، وأبو داود في السنن « كتاب الطلاق » ، « باب في الطلاق قبل النكاح » (٥٤٩/١ ، ٥٥٠) ، والترمذي في السنن « كتاب الطلاق » ، « باب ما جاء : لا طلاق قبل النكاح » (٤٧٧/٣) ، الحديث (١١٨١) ، وأحمد في المسند (١٩٠/٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب الطلاق » (٢٠٤/٢ ، ٢٠٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [المعاقد] . (٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولم ينعقد] بالعطف .

(٧) قوله : [ولا بيع] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش . وقد تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٥٩٩) .

(٨) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) . (٩) في (ع) : [الهوى] . .

١٢٦٣٦ - قالوا : روى يوسف بن ماهك [١] عن حيكم بن حزام ، أن النبي ﷺ قال : « لا تبع ما ليس عندك » [٢] .

١٢٦٣٧ - الجواب : ههنا أن إطلاق البيع تناول [٣] ما عقده الإنسان لنفسه .

الثاني : أن ظاهر الخبر يقتضي أن المانع من البيع أنه ليس عنده ، وعندهم لا يجوز البيع كان عنده أو لم يكن .

يبين ما ذكر [٤] : أن هذا الخبر خرج علي سبب ، وهو ما روي : أن حكيمًا قال للنبي ﷺ : « إن الرجل يأتيني فيطلب مني البيع ، فأبيعه ، ثم أمضي فأشتريه وأعطيه ، فقال : لا تبع ما ليس عندك » [٥] .

وحكيم إنما كان يبيع لنفسه ؛ فدل أن النهي وقع عن ذلك ، ولذلك [٦] نقول : إنه لا يجوز أن يبيع ملك غيره لنفسه .

١٢٦٣٨ - قالوا : الإيجاب أحد طرفي العقد ، فوجب أن لا يقف على إجازة المعقود له ، كالقبول .

١٢٦٣٩ - قلنا : القبول عندنا يقف إذا اشترى المحجورُ والمرتدُّ والوكيلُ يشتري العبد إذا اشترى نصفه ، وإذا قال : بعتك هذا العبد لفلان فقبل : فلسنا نسلم الأصل .

١٢٦٤٠ - فإن قالوا : نقيس على البائع إذا أطلق فقيل المبتاع لفلان .

١٢٦٤١ - قلنا : لا فرق بين هذا الإيجاب والقبول ؛ لأن الإيجاب متى نفذ فيما يملك العاقد العقد عليه لم يقف ، وإنما يقف إذا لم ينفذ ، كذلك الشري .

١٢٦٤٢ - كل موضع نفذ في حق القابل لم يقف ، وكل موضع لم ينفذ وقف ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [ماهد] ، مكان : [ماهك] ، وهو تصحيف .

(٢) هذا جزء من الحديث الذي سيأتي تخريجه في هذه المسألة .

(٣) في (م) ، (ع) : [يناول] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين ما ذكرنا] .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » (٢٧٧/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (٥٢٥/٣) ، الحديث (١٢٣٢) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « بيع ما ليس عند البائع » (٢٨٩/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارة » ، « باب النهي عن بيع ما ليس عندك » (٧٣٧/٢) ، الحديث (٢١٨٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

فقد سوينا بين الإيجاب والقبول ، والكلام من بعد : بأن القبول لم يفد [١] في حق القابل إذ لا تعلق له بهذه المسألة .

١٢٦٤٣ - قالوا : عقده لغيره عقد معاوضة من غير توكيل ولا ولاية ، فوجب [٢] أن لا يقف على إجازته ، أصله : إذا عقد له الشري بعين [٣] ماله ، مثل : أن يكون في يده دراهم لغيره فيبتاع له [٤] بها عبدًا .

١٢٦٤٤ - قلنا : لا نسلم بأن هذا العقد يقف عندنا إذا أوجب البائع البيع [٥] لصاحب الدراهم ، فأما إذا أطلق العقد نفذ في حق المشتري ، وهل يملك الدراهم في ذمته والعقد يصح وقوفه متى لم يصادف نفادًا ؟ .

١٢٦٤٥ - قالوا : بيع لا يملك المتعاقدان إيقاع قبض فيه ، فوجب أن لا يصح ، كما لو باع طيرًا في الهواء [٦] .

١٢٦٤٦ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأنه إذا باع ملك غيره وهو مأذون في حفظه وإيداعه ، جاز أن يسلمه تسليمًا موقوفًا ، كما يبيعه بيعًا موقوفًا .

١٢٦٤٧ - وأما إذا لم يكن له فيه يد فإنما لا يجوز التسليم لما فيه من الضرر على المالك ، وليس عليه في وقوف العقد ضرر .

١٢٦٤٨ - ولأنه لو وكّله بالبيع على أن الموكل بالخيار ، وقال له : لا تسلم المبيع حتى أسقط خياري لم يملك العاقد التسليم ، ولا يمنع ذلك من انعقاد العقد .

١٢٦٤٩ - والمعنى فيما ذكروه : أنه لو قارن أحد شطري العقد بأن يوجب والطَّيْرُ في الهواء [٧] ثم يصيدَه فيقْبَلُ المشتري ، لم يصح العقد ، كذلك إذا قارن الشطرين وعدم الرضا ، أو قارن أحد الشطرين لم يمنع الانعقاد ، وكذلك إذا وجد مع الشطرين .

١٢٦٥٠ - قالوا : لو باع ما اشتراه قبل أن يقبضه لم يقف العقد على الإجازة وهو

---

(١) في (م) ، (ع) : [من نفذ] ، مكان : [من بعد] ، و [لم ينفذ] ، مكان : [لم يفد] .
(٢) لفظ : [ولا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ولأنه يوجب] ، مكان : [ولا ولاية فوجب] .
(٣) في (م) : [يعين] ، ونحوه في (ص) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٤) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [المبيع] . (٦) في (م) ، (ع) : [الهوى] .
(٧) في (م) ، (ع) : [موجب] مكان : [يوجب] ، وفي (ع) : [الهوى] ، مكان المثبت .

يملكه ، فإذا باع ما لا يملكه فهو أولى . فإذا [(١)] باع ملك نفسه فالعقد يقع موجب التسليم [فإذا كان مقدورًا لم يقف العقد ، وإن باع ملك غيره فالعقد يقع فيوجب التسليم] [(٢)] ، فيقدره للمنع من الوقوف .

١٢٦٥١ - بيان ذلك : أنه لو باع عينًا غائبة جاز البيع وإن لم يقدر على التسليم في الحال ؛ لأن العقد يقع غير موجب لتسليمها في مكان العقد ، والتعذر [(٣)] في حالة لا يوجبه العقد لا يؤثر في العقد [(٤)] .

١٢٦٥٢ - قالوا : لأن المالك ورضاه معنى يتعلق به جواز العقد ، يعني [(٥)] : إذا وجد معه . فإذا كان معدومًا لم يقف العقد علي وجوده قياسًا على بيع [(٦)] ما لا يملكه ولا يقف على وجود ملكه حتى إذا ملكه لزمه العقد .

١٢٦٥٣ - وكذلك [(٧)] لا يقف على رجوع الآبق ، فإذا باع الرهن لا يقف [(٨)] على النكال ، وإذا باع الصبي ، ثم بلغ أو تزوج بمرتدة ثم أسلمت ، أو بمعتدة ثم انقضت عدتها ، أو ذات زوج [(٩)] ففارقها .

١٢٦٥٤ - الجواب : أن هذه المعاني لو قارنت أحد شطري العقد منعت صحته ، كذلك إذا قارنت الشطرين ، وعدم الرضا لا يمنع أحد الشطرين ، فكذلك لا يمنعها .

١٢٦٥٥ - ثم نقول : إذا باع ما لم يملك [(١٠)] ثم ملكه ، طرأ ملك صحيح على عقد موقوف [(١١)] فأبطله . فوزانه مثل مسألتنا : [أن يبيع ملك غيره فقبضه المالك ثم يخيره المشتري ، فلهذا منع عليه [الصلاة و] السلام أن يبيع عينا لغيره ثم يبتاعها ويسلمها .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإن] ، مكان : [فإذا] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أنه غير واضح فيه ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيقدر] .

(٤) قوله : [لا يؤثر في العقد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) لفظ : [معنا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) إلا أنه ولفظ : [يعني] غير واضحين ، لعل الصواب ما أثبتناه.

(٦) لفظ : [بيع] ساقط من (ع) .

(٧) في (ص) : [ولذلك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم يقف] .

(٩) في (م) ، (ع) : [مات زوج] ، مكان : [ذات زوج] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ما لا يملك بأن قال : إذا باع ما لا يملك] ، مكان : [ما لا يملك] .

(١١) في (م) ، (ع) : [موقوفة] .

١٢٦٥٦ - فأما] [١] إذا باع الآبق ؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا رجع فسلم، جاز ، فأوقف العقد على عوده .

١٢٦٥٧ - وأما الرهن إذا باعه الراهن وقف البيع عندنا على رضا المرتهن ، فإن قضى الدين سقط حقه ونفذ البيع [٢] .

١٢٦٥٨ - وأما الصبي إذا باع فيقف عقده على إجازة وليه ، فإن بلغ قبل الفسخ جاز العقد من جهته .

١٢٦٥٩ - وأما [٣] تزويج المعتدة ، والمرتدة ، وذات زوج ، فلا مجيز لهذا العقد حال وقوعه ، فلم يقف [٤] . وفي مسألتنا : العقد مجيز ؛ بدلالة : أنه لو أذن فيه صح ، فجاز أن يقف على وجود إذنه .

١٢٦٦٠ - فإن قيل : قد تساويا في أن المعنى الذي يصح به العقد عُدِمَ عند الانعقاد وَوُجِد بعده .

١٢٦٦١ - قلنا : بل عدم في أحد الموضعين فلم يصح وجوده ، وفي الآخر كان يصح وجوده وجود بينهما ، بدلالة : أن الإيجاب يوجد ، ورضا المشتري معدوم فيصح ؛ لأن الرضا يصح وجوده بعده .

١٢٦٦٢ - ولو أوجب العقد في خمر فصار خلًّا لم يصح الإيجاب ؛ لأن المالك كان لا يملك رفعه حال الإيجاب .

١٢٦٦٣ - وقد ألزمونا : من حكم بين اثنين ثم ولي القضاء ، وهذا عندنا كان موقوفًا / على إجازة الإمام ، فإن ولي الفاعل القضاء فأجازه جاز ، وكذلك من باع ملك غيره ثم وكّله المالك ببيعه جاز العقد بإجازته .

١٢٦٦٤ - وأما إذا باع ثم أوصى المالك إليه ومات ، فإن كان عليه دين جاز العقد بإجازة الوصي ، وإن لم يكن عليه دين فقد طرأ ملك صحيح على عقد موقوف فأبطله .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [البيع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا مجيز لها العقد حال وقوعه فلم ينف] ، والمثبت من (ص) ، خلا : [حال] ، مكانه فيها : [حالة] .



مسألة ٦٤٤

بيع الأعمى وشراؤه

١٢٦٦٥ – قال أصحابنا : بيع الأعمى وابتياعه جائز ، وله الخيار حين يقف على صفة المبيع بالوصف أو بالخبر إن كان يعرف بذلك (١) .

١٢٦٦٦ – وقال الشافعي : إن كان أكمه » لم يجز بيعه ، وإن عمي بعد ما أبصر جاز عقده على ما كان رآه (٢) إذا كان مما (٣) لا يتغير ، ولم يجز بيعه فيما لم يكن رآه (٤) .

١٢٦٦٧ – لنا : ما روى : « أن طلحة بن يزيد بن ركانة كلم عمر بن الخطاب [في البيوع ، فقال] (٥) : ما أجد لكم شيئًا أوسع مما جعل (٦) رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ ، كان ضرير البصر فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام ، إن رضي أخذ ، وإن كان سخط ترك » (٧) ، ذكره الدارقطني .

وهذا نص في بيع الأعمى ، وكان (٨) في زمن رسول الله ﷺ عميان (٩) ، وكذلك في زمن الأئمة ، وقد عمي : العباس ، وعبد الله ابن العباس ، وجابر ، وعبد الله بن عمر

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ص٨٣ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٦٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار الرؤية » (٣٤٨/٦) ، البناية مع الهداية « باب خيار الرؤية » (١٣٢/٧ ، ١٣٣) ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » ، « فصل خيار الرؤية » (٣٣/٢ ، ٣٤) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب خيار الرؤية » (٧٠/٤ ، ٧١) .

(٢ ، ٣) لفظ : [رآه] ، و [مما] ساقطان من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٣٠٢/٩ ، ٣٠٣) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٩٧/٤ ، ٩٨) ، مغني المحتاج « كتاب البيع » (٢١/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب البيوع » (٤٢٢/٣ ، ٤٢٣) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب الثالث في البيوع » ، الباب الأول « في أركان البيع » ص ٢٤٩ ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (٣٦/٥) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (٣٢٠/١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (٢٣٧/٤) .

(٥) الزيادة من كتب الحديث .

(٦) في جميع النسخ : [جعل لكم] ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٤/٣) ، الحديث (٢١٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام » (٢٧٤/٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [باب] ، مكان : [بيع] ، وفي جميع النسخ : [وإن كان] ، والصواب ما أثبتناه بحذف [إن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عمان] .

ﷺ ، ولم ينقل منعهم من البياعات ، فلو كان لا يجوز عندهم لبين لهم ذلك ، ولكانوا لا يعقدون ، ولو فُعِل ذلك لنقل ، فلما لم ينقل دل على أن الأعمى في البيع كغيره .

١٢٦٦٨ – فإن قيل : ولو باعوا وتصرفوا لنقل .

١٢٦٦٩ – قلنا : البيع يفاعل ما كانوا عليه فلم ينقل (١) ، والابتياع متجدد ، وإنما يتغير حال العاقد كتغيرها بالكبر والفقر ، ولم ينقل (٢) أنهم بقوا على حالهم .

١٢٦٧٠ – فإن قيل : يجوز أن يكونوا لم يتبايعوا إلا الأشياء التي تملك (٣) بالتعاطي .

١٢٦٧١ – قلنا : لو كان كذلك لكانوا لم يمتنعوا من أكثر البياعات ، وكان يظهر ذلك مع كثرة عددهم وإشهادهم من أنفسهم ، وهذا أمر معلوم ظاهر لا يدفع بالتجويز (٤) البعيد .

١٢٦٧٢ – ولأنه يصح منه السلم ، فجاز منه البيع ، كالبصير .

١٢٦٧٣ – فإن قيل : قال الشافعي : يجوز للأعمى أن يسلم ما في الذمة .

١٢٦٧٤ – قال المزني : أراد الذي عمي بعد ما أبصر (٥) وكان يعرف الألوان (٦) .

١٢٦٧٥ – قلنا : السلم في الحيوان عنده (٧) لا يفتقر إلى ذكر اللون ، وكذلك السلم في الحنطة عند الجميع .

١٢٦٧٦ – ثم إذا سلم الوصف فيمن يعرف الألوان صحت العلة ؛ لأن هذا الأعمى عنده لا يجوز بيعه في عموم الأشياء ، ويجوز سلمه .

١٢٦٧٧ – ولأن من صح توكيله بالبيع صح شراؤه (٨) ، كالبصير (٩) .

ولأنه فقد حاسة كحاسة (١٠) الذوق .

---

(١) في (ص) ، (م) : [فلا ينقل] ، وهو ساقط من (ع) ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [ولا ينقل] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا ينقل] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم تملك] ، بزيادة : [لم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالتحرير] .

(٥) لفظ : [ما] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [بصر] ، مكان : [أبصر] .

(٦) راجع نص الشافعي والمزني في مختصر المزني « كتاب البيع » ، « باب بيع حبل الحبلة والملامسة والمنابذة وشراء الأعمى » ص٨٨ .

(٧) لفظ : [عنده] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) قاعدة : « من صح توكيله بالبيع صح شراؤه » .

(٩) في (م) ، (ع) : [بالبصر] .

(١٠) في (ص) : [كفقد] ، مكان : [كحاسة] .

ولأن كل عقد صح من الأخرس صح من الأكمه [1] ، كالنكاح .

١٢٦٧٨ - فإن قيل : الإشارة من الأخرس تقوم [2] مقام القول ، والصفة لا تقوم [3] في معرفة الألوان مقام الرؤية ؛ لأن الأكمه يتصور الألوان .

١٢٦٧٩ - قلنا : الأكمه لا يعلم [4] الألوان ويقرر في نفسه ، وهذا سنة في بيان مشعره [5] . ولأن من البياعات ما لا يقصد فيها اللون ، كالأراضي ، والنخل ، والشجر ، والحطب ، والشوك .

١٢٦٨٠ - وهذه مبنية على أصلنا : [أن البصير إذا باع ما لم يشاهد أو اشترى فالبيع صحيح ، وعدم الرؤية] [6] لا يمنع انعقاد العقد ، والأعمى مثله .

١٢٦٨١ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر » [7] .

١٢٦٨٢ - الجواب : أنا قد بينا أن الغرر ما كان الغالب فيه تعذر التسليم ، وهذا لا يوجد في بيع الأعمى .

١٢٦٨٣ - قالوا : روى أبو هريرة ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن الملامسة » [8] .

١٢٦٨٤ - قالوا : وعندكم إذا اشترى الأعمى قام لمسه مقام نظره .

١٢٦٨٥ - قلنا : بيع الملامسة هو البيع الذي ينعقد بها ، وهو أنهم كانوا يتقاولون على [9] البيع ، فمن لمسه وجب له . وعندنا [10] : بيع الأعمى يثبت فيه الخيار في المجلس إذا كان المبيع مما يعرف باللمس [11] ، فلا يكون بيع الملامسة .

١٢٦٨٦ - قالوا : بيع عين ، فوجب أن يكون لفقد الرؤية تأثير فيه ؛ أصله : بيع

---

(١) قاعدة : « كل عقد صح من الأخرس صح من الأكمه » .

(٢) في (م) ، (ع) : [في] مكان : [من] وفي (م) : [يقوم] ، مكان : [تقوم] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يقوم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يعلم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [شعره] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) ، هامش (٥٤) .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع المنابذة » (١٧/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة » (١١٥١/٣) ، الحديث (١١٥١/١) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « بيع الملامسة » (٢٥٩/٧) .

(٩) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [على] .

(١٠) في (ص) : [وعند] بدون : [نا] .

(١١) قوله : [باللمس] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

البصير ، وشراؤه .

١٢٦٨٧ - قلنا : نقول بموجبه ، فإن لفقد الرؤية تأثيرًا ، وهو ثبوت الخيار عند العلم بصفة المبيع ، كما أن البصير إذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار ، ويجوز أن يسقط وإن لم يشاهده بأن يلحقه عيبًا [١] ويتغير ، كذلك هذا يثبت له الخيار ويسقط [٢] إذا رضي به عند معرفة الصفة .

١٢٦٨٨ - قالوا : قال الشافعي : من قال بجواز شراء الأعمى قيل له : إذا وقف في الدار في موضع لو كان بصيرًا رآها لزمه البيع ، وألزمه البيع في العين من غير مشاهدة ولا معرفة بالصفة .

١٢٦٨٩ - قلنا : هذا قد روي عن أبي يوسف ، وليس [٣] يلزم ذلك كل قائل بشراء الأعمى ؛ والصحيح : أن خياره لا يسقط حتى يوصف له الدار ، فيقف على صفتها ، فيلزمه البيع إذا رضي [٤] فيما عرف صفته .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [عينا] ، بالنون ، مكان : [الباء] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيسقط] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فليس] .

(٤) في (م) ، (ع) : [رضيها] ، مكان : [رضي] .

مسألة ٦٤٥

بيع النحل بغير الكوارات

١٢٦٩٠ - قال أبو حنيفة [١] : لا يجوز بيع النحل منفردة عن الكوَّارات [٢] .

١٢٦٩١ - وقال الشافعي : إذا رآها المتعاقدان وكانت محبوسة في بيوتها وقت العقد ، جاز بيعها [٣] .

لنا : أنه حيوان لا ينتفع بعينه ، فلا يجوز بيعه ، كالذباب .

ولأنه من الحشرات الذي [٤] لا يجوز أكله ، كالزنبور [٥] .

ولأنه من ذوات السموم ، كالحية والعقرب .

١٢٦٩٢ - احتجوا : بأنه يجوز بيع ما يخرج منه ، فجاز بيع جنسه ، كالشاة .

١٢٦٩٣ - قلنا : نقول بموجبه : إذا باع الكوَّارات بعسلها وفيها النحل جاز بيعها عندنا .

١٢٦٩٤ - ولأن الشاة منتفع بعينها ، فلذلك جاز بيع جنسها ، والنحل لا ينتفع بعينه .

١٢٦٩٥ - فإن قيل : الانتفاع بما يخرج منه أبلغ من الانتفاع بلحم الشاة وبعين [٦] الكلب .

---

(١) في [ص] : « ﷺ » ، وهو ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) الكوَّارات : جمع الكُوَّارة ، وهي معسل النحل إذا سوي من طين ، أو خشب وغيرهما . راجع : المغرب ، مادة : « كور » ص٤١٧ ، لسان العرب (٣٩٥٤/٥) ، المصباح المنير (٥١٧/٢) ، فتح القدير (٤٢٠/٦) ، مجمع الأنهر (٥١/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤١٩/٦ ، ٤٢٠ ، مجمع الأنهر « باب البيع الفاسد » (٥١/٢ ، ٥٢)، الدر المختار مع رد المحتار « باب البيع الفاسد » (١١٦/٤) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٣٢١/٩ ، ٣٢٢) ، حلية العلماء ، (١١١/٤ ، ١١٢) ، مغني المحتاج « كتاب البيع » (١٢/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب البيع » (٣٩٥/٣) ، شرح الزرقاني (١٨/٥ ، ٣٢ ، ٣٣) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (٢٨٦/٤ ، ٢٨٧) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧١/٤ ، ٢٧٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنها من الحشرات التي] ، مكان المثبت .

(٥) الزنبور : ضرب من الذباب ، لسّاع . راجع : لسان العرب ، مادة « زنبر » (١٨٦٩/٣) ، المعجم الوسيط (٤٠٣/١) .

(٦) في (ص) ، (م) : [بعينه] ، وفي (ع) : [وبعنب] ، والصواب ما أثبتناه .

١٢٦٩٦ – قلنا : قد ينتفع بما يخرج من الشيء ، فيدل ذلك على بيع المنتفع به ، ولا يدل على بيع الأصل ، كالماء الخارج من الجبال ، وكالثمار الخارجة [1] من الوقف ولبن الحرة على أصلهم .

* * *

(١) لفظ : [الخارجة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٤٦

بيع دود القز وبزره

١٢٦٩٧ - قال أبو حنيفة : لا يجوز بيع دود القز ، ولا بزره [١] .

١٢٦٩٨ - وقال الشافعي : يجوز [٢] .

١٢٦٩٩ - لنا : أن الدود من الحشرات غير مأكول ، كالعقارب ، وأما البزر [٣] فلا ينتفع به في عينه ، فصار كبزر [٤] الجراد .

ولأن ما يتولد منه [٥] حيوان إذا لم ينتفع بعينه لم يجز بيعه . أصله : بيض ما لا يؤكل من الطير .

١٢٧٠٠ - احتجوا : بأنه ينتفع بما يخرج منه من الإبريسم ، فجاز بيع [٦] جنسه ، كالشاة .

١٢٧٠١ - قلنا : نقول بموجبه إذا باعه مع القز [٧] ، والمعنى في الشاة ما ذكرنا .

* * *

(١) في (ع) : [ولا بذره] . والقز : معرَّب ، وهو ما يسوِّي منه الإبريسم ، ولهذا قال بعضهم : القز والإبريسم ، مثل : الحنطة والدقيق . وأما البزر - بالزاي - : فهو الذي يكون منه الدود ، وقولهم لبيض الدود بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل ؛ لأنه ينبت كالبقل . راجع في : المغرب ص٤٢ ، ٣٨١ ، لسان العرب مادة : « قزز » (٣٦٢٠/٥) ، المصباح المنير مادة : « بذر » أو « بزر » و « قزز » (٤١/١ ، ٤٨) (٢٧٧/٢) ، حاشية ابن عابدين (١١٦/٤) ، بدائع الصنائع ، (١٤٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٤٢٠/٦ ، ٤٢١) ، البناية مع الهداية ، (٢١٥/٧ ، ٢١٦) ، مجمع الأنهر مع ملتقي الأبحر ، (٥٢/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار (١١٦/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٢٢٧/٩ ، ٢٥٣) ، حلية العلماء في « ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٧٢/٤) ، المغني (٢٨٦/٥) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧١/٤) .

(٣) في (ع) : [البذر] .

(٤) قوله : [في عينه] ساقط من (ع) ، ولفظ : [فصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [كبذر] ، مكان : [كبزر] .

(٥) في (ع) : [من] بدون الهاء .

(٦) في (م) ، (ع) : [مع] ، مكان : [بيع] . والإبريسم : أحسن الحرير ، هو معرَّب ، وفيه ثلاث لغات ، والعرب تخلط فيما ليس من كلامها . راجع : لسان العرب (٢٥٧/١) ، المعجم الوسيط (٢/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [إذا باع من القز] ، مكان المثبت .


مسألة ٦٤٧

بيع السرجين

١٢٧٠٢ - قال أصحابنا : يجوز بيع السرجين [١] .

١٢٧٠٣ - وقال الشافعي : لا يجوز ذلك [٢] .

١٢٧٠٤ - لنا : أن الناس يتبايعونه للزرع ، وفي سائر الأزمان من غير نكير .

ولا يقال : لا يعتد بفعل العامة مع نهي الشافعي عن بيعه ؛ لأن بيعه لا يخلو منه عصر ، وقد كان يباع قبل الشافعي ، ولا نعلم أحدًا من الفقهاء منع بيعه قبله .

١٢٧٠٥ - فإن قيل : الناس في سائر الأعصار يدفعون الأجرة إلى المُعَلِّم ، وذاك لا يجوز عندكم .

١٢٧٠٦ - قلنا : لم تجر عادتهم أن يستأجروا ، وإنما يسلمون [٣] الصبي إليه ويدفعون شيئًا لا على طريق الإجارة ، وذلك يجوز عندنا .

١٢٧٠٧ - ولأنها عين تصح [٤] الوصية بها فجاز بيعها ، كالثوب النجس .

١٢٧٠٨ - ولأن ما جاز أن يسجر [٥] به التنور جاز بيعه ، كالحطب .

---

(١) قال الفيومي : « السرجين : الزبل ، كلمة أعجمية وأصلها : سركين بالكاف ، فعربت إلى الجيم والقاف ، فيقال : سرقين أيضًا » ، في المصباح المنير ، مادة : « سرج » (٢٥٧/١) . راجع المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الكراهية » ، « باب الكراهية في البيع » ص٤٨٠ ، بدائع الصنائع (١٤٤/٥) ، الهداية مع تكملة فتح القدير ، وبذيله العناية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٥٣/١٠) ، البناية مع الهداية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٢٢٥/١١ ، ٢٢٦) ، مجمع الأنهر « كتاب الكراهية » ، فصل « بيع العذرة » (٥٢٤/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (١١٠/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٢٢٥/٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣١) ، حلية العلماء (٥٥/٤- ٥٨) ، المدونة « كتاب البيوع الفاسدة » ، « في بيع الزبل والرجيع وجلود الميتة والعذرة » (٢١٨/٣) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، « الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع » (١٣٦/٢) ، الإفصاح « كتاب البيوع » ، و« باب بيع المرابحة » (٣١٨/١ ، ٣٥٤) ، المغني (٢٨٣/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٩/٢) ، الإنصاف « كتاب البيوع » (٢٨٠/٤) .

(٣) في (ص) : [يسلموا] . (٤) في (م) : [يصح] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يسخن] ، مكان : [يسجر] . قال المطرزى « سجر التنور : ملأه سجورًا وهو وقوده ، وسجره أيضًا : أوقده بالمسجرة ، وهي المسعر ، من باب طلب » . راجع في : المغرب ، مادة : « سجر » ص ٢١٨ ، المصباح المنير (٢٥١/١) ، المعجم الوسيط (٤١٨/١) .

١٢٧٠٩ - ولأنه جامد يجوز الانتفاع به ، فجاز بيع جنسه ، كلحم المعز .

١٢٧١٠ - ولأن الناس استخفوا نجاسته ، بدلالة : أنهم لا يتجنبونه في الطرق كتجنب النجاسات ، ويطينون [1] به السطوح ، ومتى خفت نجاسته جاز بيعه ، كالثوب النجس .

١٢٧١١ - احتجوا : بأنه نجس العين ، فلا يجوز بيعه ، كالخمر ، والدم والعذرة ، والميتة .

١٢٧١٢ - قلنا : الأشياء النجسة لا يجوز أن يقال : إنها نجسة لعينها حقيقة [2] ، وقد كان يجوز أن يرد الشرع بطهارتها ، وإنما معنى قولنا : نجس العين ما تغلظت نجاسته ، ولا نسلم أن السرجين مغلظ [3] النجاسة ، فالوصف [4] غير مسلم .

١٢٧١٣ - والمعنى فيما قاسوا عليه : أن الناس لم يستخفوا نجاسته ، كالثوب النجس .

١٢٧١٤ - ولهذا قال أصحابنا : لا يجوز استعمال العذرة والدم [5] في الأراضي حتى يغلب التراب عليها ، ويجوز استعمال السرجين من غير أن يخالطه شيء .

* * *

(١) قال الفيومي : « طان الرجل البيت والسطح يطينه من باب باع : طلاه بالطين ، وطينه بالتثقيل مبالغة وتكثير » في المصباح المنير ، مادة « طين » (٣٦١/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [خفيفة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يغلظ] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالوصف] .

(٥) لفظ : [الدم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٤٨

تصرف الصبي بالبيع

١٢٧١٥ - قال أصحابنا : يجوز للولي أن يأذن للصبي في البيع ، فإذا باع [1] بإذنه وهو يعقل البيع والشراء ، جاز [2] .

١٢٧١٦ - وقال الشافعي : لا يجوز بيعه [3] .

١٢٧١٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ [4] ، والابتلاء هو الاختبار ، وذلك يكون [5] بأن يمكنه من التصرف في المال حتى يُعْلَمَ هل هو يصلح له أو يفسد ، ، فدل على جواز الإذن .

١٢٧١٨ - فإن قيل : يمكن اختباره بأن يأمره [6] بالمساومة وطلب الشراء [7] .

١٢٧١٩ - قلنا : المساومة لا يعلم بها [8] حفظه للمال وإصلاحه له ، وإنما يعلم بها معرفته كيفية العقد ، وليس إذا كان يعرف العقود يسلم المال إليه .

١٢٧٢٠ - ولأن من يعقل البيع والشراء [9] ينعقد بيعه ، كالبالغ .

---

(١) في (م) ، (ع) : [باعه] .

(٢) راجع : مختصر القدوري « كتاب المأذون » ص٦٧ ، كنز الدقائق « كتاب المأذون » ص١٥٦ ، روضة القضاة « كتاب المأذون « له في التجارة » (٥٩٩/٢) ، المسألة (٣٥١١) ، تحفة الفقهاء « كتاب المأذون » (٢٨٥/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب المأذون » ، « فصل : وأما شرائط الركن » (١٩٣/٧) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب المأذون » (٣١٠/٩-٣١٣) ، البناية مع الهداية « كتاب المأذون » (٢٠٢/١٠ ، ٢٠٨) ، مجمع الأنهر « كتاب المأذون » ، « فصل في بيان حكم الصبي والمعتوه » (٤٣٧/٢) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (١٥٥/٩ ، ١٥٦ ، ١٥٨) ، النكت في « مسائل البيوع الفاسدة » ، ورقة (١٤٦ أ) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (١٠/٤-١٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب المأذون له في التجارة » (٣٤٦/٢) ، شرح الزرقاني ، وبهامشه حاشية البناني في « البيوع » (٧/٥ ، ٨) .

(٤) سورة النساء : الآية ٦ .

(٥) في (ع) : [يجوز] ، مكان : [يكون] .

(٦) قوله : [بأن يأمره] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [الشرى] .

(٨) لفظ : [بها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الشري] .

١٤٩/أ

١٢٧٢١ - ولا يلزم : إذا لم يأذن الولي ؛ لأن بيعه / ينعقد عندنا [١] .

١٢٧٢٢ - قالوا : المعنى في البالغ : أنه مكلف ، ولهذا جاز بيعه [٢] .

١٢٧٢٣ - قلنا : العبد مكلف [٣] ولا يجوز بيعه .

١٢٧٢٤ - ولأن الصبي يكلف [٤] عندنا ببعض الواجبات ، وهي العقليات ، وليس المعتبر عندنا في جواز البيع [٥] تكليف كل الواجبات .

١٢٧٢٥ - فإن قيل : البالغ يصح طلاقه ؛ فصح بيعه ، والصبي بخلافه .

١٢٧٢٦ - قلنا : تصرف الصبي بإذن وليه ، وهو لا يملك الطلاق فلا يملكه بإذنه .

١٢٧٢٧ - ولأن الطلاق يصح منه ؛ لأن الصبي المجنون يفرق القاضي بينه وبين امرأته ، فيكون ذلك طلاقًا ، وعلة الأصل تبطل [٦] بالعبد .

١٢٧٢٨ - ولأن من صحت صلاته صحت عقوده ، كمن له خمس عشرة سنة .

١٢٧٢٩ - ولأن من جاز بيعه إذا بلغ خمس عشرة جاز بيعه وإن لم يبلغها [٧] ، كمن احتلم .

ولأنه مميز محجور عليه في جميع أقواله مما لا يتناوله الإذن لا يجوز منه .

١٢٧٣٠ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : الصبي حتى يحتلم ... » [٨] ، وهذا يوجب رفع كل [٩] ما يجري به القلم عليه .

١٢٧٣١ - قلنا : القلم إنما يجري بالثواب والعقاب ، والصبي إذا لزمه أحكام البيع لا يلحقه [١٠] فيها ثواب ولا عقاب ، وإنما يطالب به لحق العامة [١١] ، والبالغ يطالب

---

(١) قوله : [ينعقد عندنا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قوله : [ولهذا جاز بيعه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [يكلف] .

(٤) في (ع) : [مكلف] .

(٥) لفظ : [عندنا] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [في جواز البيع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [يبطل] .

(٧) في ص : [لم يبلغها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عن الصبي حتي يحتلم] ، بزيادة : [عن] ، راجع تمام الحديث وتخريجه في مسألة (٤٩٩) .

(٩) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في النسخ : [يلحقه أحكام البيع فيها] ، وقد حذفنا [أحكام البيع] ، لأنها سهو بتكرار ما قبلها ولا طائل فيها .

(١١) في (ع) : [الفاقه] ، مكان : [العامة] .

بأحكام بيعه الصحيح .

١٢٧٣٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا [1] فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [2] ، فأجاز الدفع [3] إليهم بشرطين ، فلا يجوز قبلهما .

١٢٧٣٣ - قلنا : ذكر اللَّه تعالى دفع المال على وجه ينقطع حق الولي عنه ، وذلك لا يجوز قبل البلوغ ، وإنما يجوز الدفع على وجه الاختبار [4] الذي دلت الآية عليه .

١٢٧٣٤ - قالوا : غير مكلف ، فلم يصح بيعه ، كالمجنون .

١٢٧٣٥ - قلنا : إن كان مجنونًا يقصد البيع ويعقله ، فهو كالصبي ، وإن كان لا يعقل فهو لا يقصد البيع ، فيصير كالبالغ الهازل بالبيع ، فلا ينعقد بيعه .

١٢٧٣٦ - قالوا : لا يصح طلاقه ، فلا يصح بيعه كالمجنون .

١٢٧٣٧ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الصبي المجنون يفرق القاضي بينه وبين امرأته ، وذلك طلاق من جهته قام القاضي فيه مقامه .

ولأنه يجوز تصرفه بإذن الولي ليعتاد التصرف ، فينتفع بذلك بعد بلوغه ، كما يعوده العبادات ليألفها [5] ، فيسهل فعله لها بعد بلوغه ، وليس في تصرفه في الطلاق فائدة تحصل له ببلوغه ، فلذلك لم يجز تصرفه فيه ، والمعنى في المجنون ما قدمنا .

١٢٧٣٨ - قالوا : لا يجوز أن يسلَّم ماله إليه ليتولى حفظه وإن كان ينتفع بذلك بعد بلوغه .

١٢٧٣٩ - قلنا : لا نسلم أنه إذا أُذِن له سُلِّم إليه مالُه ليحفظه ويتصرف فيه .

١٢٧٤٠ - قالوا : لو كان يصح إذنه فيما يملكه بولايته لكان ما لا يملكه بولايته يصح من الصبي ، كما أن العبد لما صح تصرفه بإذن مولاه صح تصرفه فيما لا يملكه بولاية المولى منه ، كالطلاق ، والإقرار ، والجناية ، والحدود .

١٢٧٤١ - قلنا : العبد غير محجور في الطلاق والإقرار والجناية والحد ، فتصرفه فيها يصح ، والحر والعبد غير محجورين في جميع ذلك ، وإنما كيفية التصرف بالإذن فيما يملكه الولي [6] عليه يصح إذنه فيه ، وما لا يملكه عليه هو على [7] ما كان عليه قبل الإذن .

---

(١) في (ص) : [به] ، مكان : [منهم] وهو خطأ .

(٢) سورة النساء : الآية ٦ .

(٣) لفظ : [الدفع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) : [الاختيار] .

(٥) في (م) : [لتألفها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المولي] .

(٧) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٤٩

ما تتعلق به ديون المأذون

١٢٧٤٢ - قال أصحابنا : ديون المأذون تتعلق (١) برقبته ، وتستوفي مما في يده من المال وما يكسبه ، وتباع الرقبة فيها (٢) .

١٢٧٤٣ - وقال الشافعي : تتعلق الديون بذمته وتستوفي مما في يده من المال ، ولا توجد النيابة فيها ، ولا تباع رقبته (٣) .

١٢٧٤٤ - لنا : ما روي : « أن رجلًا اشترى من أعرابي ناقة ثم توارى حتى أكل ثمنَها ، فسماه النبي سارقًا ، وأمر الأعرابي أن يبيعه في دينه » (٤) .

١٢٧٤٥ - فلما كان بيع الحر جائزًا أمر النبي ﷺ ببيعه ، ثم نُسِخ ذلك ، فدل أن كل من أنكر بيعه في دينه يباع فيه ، والعبد بخلافه .

١٢٧٤٦ - قلنا : رقبة العبد محل لقضاء ديونه بالإجماع ، بدلالة : بدل المستهلك .

١٢٧٤٧ - ولأنه مال وجب على العبد بعقد مأذون فيه ، فوجب أن يستوفي من اكتسابه (٥) ؛ أصله : المهر ، والنفقة بالنكاح .

١٢٧٤٨ - قالوا : نقلب فنقول : فلا يتعلق برقبته .

١٢٧٤٩ - قلنا : لا نسلم بأن المهر والنفقة يتعلقان بالرقبة ويباع فيه .

---

(١) في (م) : [يتعلق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يبايع] ، مكان : [تباع] . راجع : مختصر الطحاوي « كتاب المأذون له في التجارة » ص٨٤ ، ٤٢١ ، متن القدوري « كتاب المأذون » ص٦٦ ، كنز الدقائق « كتاب المأذون » ص ١٥٦ ، تحفة الفقهاء « كتاب المأذون » (٢٩٠/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب المأذون » ص ٤٦٣ ، ٤٦٦ ، بدائع الصنائع « كتاب المأذون » ، « فصل : وأما بيان محل التعلق » (٢٠٣/٧ ، ٢٠٤) ، البناية مع الهداية « كتاب المأذون » (١٦٩/١٠-١٧٣) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب المأذون » (٢٩٢/٩ - ٢٩٤) ، مجمع الأنهر « كتاب المأذون » (٤٣٢/٢ ، ٤٣٣) ، الدر المختار مع رد المحتار « كتاب المأذون » (١٠٧/٥) .

(٣) راجع : فتح العزيز مع الوجيز « كتاب البيوع » ، « في مداينة العبيد » ، بذيل المجموع (١٣٧/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب في معاملة الرقيق » (١٨٠/٤) ، المغني مع مختصر الخرقي ، (٢٧٣/٤ ، ٢٧٤) .

(٤) في جميع النسخ : [مسرفًا] ، مكان : [سارقًا] ، والمثبت من المعاني ، والحديث أخرجه الطحاوي ، في المعاني (١٥٧/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦١/٣) ، الحديث (٢٣٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [اكتسابه به] ، بزيادة : [به] .

١٢٧٥٠ - قالوا : غرض المولى في الإذن بالنكاح : أن يحصل للعبد الاستمتاع ليكف عن الزنا ، وذلك لا يحصل إلا بالمهر والنفقة ، وغرضه بالإذن في التجارة : حصول الربح ، والخسران لم يتضمنه الإذن ، فلذلك لم يوجد به كسبه .

١٢٧٥١ - قلنا : قصد المولى أن يحصل الاستمتاع ، ولو اقتضى أن تستحق الأكساب [1] التي هي علي ملكه ، [فما الذي يمنع أن تستحق أكساب الرقبة التي هي على ملكه] [2] .

١٢٧٥٢ - وأما قولهم : إن إذنه يضمن تحصيل الربح دون غيره فغلط ؛ لأن الذمة تحصل مطلقًا في التجارة .

١٢٧٥٣ - وقد يفضي مرة إلى الربح ومرة إلى الخسران ، والتجارة لا تكون [3] إلا بالأثمان ؛ فوجب أن يستوفي [4] اكتسابه بها ، كما يستوفي بالمهر .

١٢٧٥٤ - ولأنه دين لأجنبي لزمه بالعقد .

١٢٧٥٥ - ولا يلزم مال الكتابة ؛ لأنه لا دين للمولى .

١٢٧٥٦ - ولا يلزم ديون المكاتب ؛ لأن الرقبة تباع فيها بعد العجز .

١٢٧٥٧ - ولأنه نوع دين على العبد يملك استيفاءه من الرقبة ، فجاز أن يتعلق بها ، كضمان [5] المتلفات .

١٢٧٥٨ - ولا يلزم دين المحجور ؛ لأن التعليل بجملة [6] النوع الذي هو الأثمان .

١٢٧٥٩ - ولأن كل محل جاز أن يتعلق به بدل متلف جاز أن يتعلق به أثمان البياعات ، أصله : ذمة الحر .

١٢٧٦٠ - ولأنه دين تصح [7] المطالبة به حال الرق ، فوجب أن يستوفي في رقبته ، كبدل المستهلك ، وعكسه : دين الكفالة إذا تكفل بغير إذن .

١٢٧٦١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [8] .

---

(١) في (ع) : [الاكتساب] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) : [لا يكون] .
(٤) في سائر النسخ : [أن يستوفي به] ، بزيادة : [به] ، والصواب ما أثبتناه بحذف : [به] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لضمان] .
(٦) في (م) : [بحمله] ، وفي (ع) : [بجملة] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يصح] .
(٨) سورة البقرة : الآية ٢٨٠ .

١٢٧٦٢ - قلنا : المعسر من لا يكون له ما يجوز أن يقضي في دينه ، والعبد له كسب ويمكن قضاء الدين من رقبته ، فلم يعلم أنه معسر .

١٢٧٦٣ - احتجوا : بأنه حق لزمه باختيار من له الحق .

١٢٧٦٤ - قلنا : ثبوت الحق عليه برضا مستحقه لا يقتضي تأخر قضائه ، كالرهن .

١٢٧٦٥ - ولأن استقراض المحجور تعلق بسبب غير ثابت في حق المولى ؛ فلم يجز أن يستحق به ماله ، ودين المأذون لسببه تأثير في حقه ، فجاز أن يستحق به ماله .

١٢٧٦٦ - ولأن من داين المحجور عليه فقد رضي بتأخر حقه ؛ لأنه يعلم أنه لا يقدر على القضاء ، وأما (١) دين المأذون فلم يرض بتأخير حقه ؛ لأن المأذون يتعجل (٢) القضاء ومتى لم يرض المستحق بتأخر حقه استوفي من الحساب عندهم .

١٢٧٦٧ - قالوا : ما يلزم العبد من الحقوق على ضربين ، أحدهما : يتعلق بذمته كالأثمان ، والآخر : برقبته ، كالأرش غير ما كان محله الرقبة لا يتحول محله ، سواء كان بإذن سيده أو بغير إذنه ، [كذلك ما كان محله الذمة وجب أن يتحول من محله ، سواء كان بإذن سيده أو بغير إذنه] (٣) .

١٢٧٦٨ - قلنا : إذن المولى غير مؤثر في الجناية ؛ لأنه لا يملك الإذن ، فوجود الإذن وعدمه سواء ، وإذنه في البياعات مؤثر ؛ لأنه يملك بالإذن ، فلذلك جاز أن يختلف محل الدين بالإذن .

١٢٧٦٩ - يبين (٤) ذلك : أن العبد يملك إثبات الديون في ذمة نفسه ، فإذن المولى لا يحتاج إليه لما كان يملكه قبل إذنه ، فلم يبق إلا أن يحتاج إليه لا لتعلق الدين بالرقبة التي يمكلها .

١٢٧٧٠ - قالوا : رقبة العبد لم يتناولها الإذن (٥) ، ولهذا لا يملك بيعها ، وما لم يتناوله الإذن لا يباع (٦) في الدين ، كسائر أموال المولى .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ومن] ، مكان : [وأما] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .
(٢) في (م) ، (ع) : [يعجل] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الإذن بدلالة] ، بزيادة : [بدلالة] .
(٦) في (م) : [لا تباع] .

١٢٧٧١ - قلنا : لا نسلم أن رقبته لم يتناولها الإذن ؛ بدلالة : أنه يملك أن يؤاجر نفسه [١] ، وإنما لا يجوز له البيع ليس لأن الإذن لم يتناولها ، لكن لأن في بيع رقبته إبطالًا ، فلو لحقه بالإذن لم يؤد [٢] إلى إبطاله .

١٢٧٧٢ - ولأن سائر أموال المدين لا تباع في الديون الواجبة ، فالعبد يباع في ديونه الواجبة بالتجارة ، ورقبة نفسه تباع في يد المتلف ، كذلك في الأثمان .

١٢٧٧٣ - قالوا : لو كان ما لزمه تعلق برقبته فإذن سيده يمنع ثبوت مثله فيها كالرهن .

١٢٧٧٤ - قلنا : الرهن إنما يمنع أن تثبت فيه مثلما ثبت ؛ لأن ثبوته يفتقر إلى قبض وكونه مقبوضًا بالإذن الأول لم يمنع من تجديد قبض في الثاني . ولأن هناك تعلق بعقده والغير إذا عقد عليها عقدًا منع من عقد مثله عنها [كالبيع بعد البيع وكالإجارة بعد الإجارة .

وفي مسألتنا الدين الثاني يثبت حكمًا فيصير كالجناية إذا تعلقت بالرقبة لم يمنع من جناية أخرى .

١٢٧٧٥ - قالوا : إذا أذن لا يخلو إما أن يدفع إليه أو لا يدفع ؛ فإن دفع إليه مالًا فقد رضى تصرفه في ذلك القدر دون غيره . وإن لم يدفع إليه مالًا فإنما أذن له أن يشتري ويقبض الثمن فيما يشتريه ، ويحصل الربح ولم يأذن في غير ذلك .

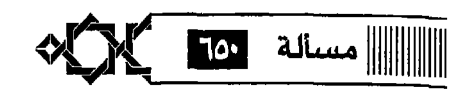
١٢٧٧٦ - قلنا : بل أطلق الإذن ولم يخص بكل تصرف أدى إلى ربح أو خسارة فيتعلق برقبته ثم ما في يده من الأموال المملوكة للمولى عندهم وإن كان عليه ديون ثم قضى ديونه منها كذلك راكسًا به ملك للمولى / فلا يمنع أن يجب قضاء الديون منها ولأن بدل الرقبة تقتضي منه الديون بدلالة دية الحر .

١٤٩/ب

* * *

(١) في (ع) : [بنفسه] .

(٢) العبارة مضطربة ، وهي في النسخ : [فلو لم يلحقه بالإذن فلم يؤدى إلى إبطاله] وهناك اختلاف بين النسخ في لفظين ، حيث جاءت [لم] في هامش (ص) وحدها ، كما جاءت [يؤدي] بإثبات حرف العلة ، رغم سبقها بحرف الجزم ، والأقرب للمعنى والصحة ما أثبتناه .



إقرار العبد المحجور بالسرقة

١٢٧٧٧ – قال أبو حنيفة : إذا أقر العبد المحجور بسرقة عين في يده قطع ، وكانت العين للمسروق منه .

١٢٧٧٨ – وقال أبو يوسف : يقطع والعين للمولى ، وبه قال الشافعي .

ومن أصحابه (١) من قال فيها قولان ، أحدهما : هذا ، والآخر : مثل (٢) قول أبي حنيفة (٣) .

١٢٧٧٩ – لنا : أن كل من صح إقراره بسرقة عين قطع فيها ، فإنه يرد العين إلى المقرّ له . أصله : الحر .

١٢٧٨٠ – ولأن كل ما يستحق بإقرار الحر يستحق بإقرار العبد . أصله : القطع (٤) .

١٢٧٨١ – ولا يلزم إذا قال : المال (٥) الذي في يد فلان سرقته من فلان ؛ لأنه يجوز أن يقال : لا يقطع إلا بالحكم بالملك للمسروق منه .

ويجوز أن يقال : يقطع ويحكم (٦) في (٧) ملك [المال] لمن هو في يده ، أو كان وديعة عند المسروق منه .

١٢٧٨٢ – ولأنا لو لم نقبل إقراره في المال ، فمعناه أن (٨) المال محكوم به لمولاه ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .   (٢) لفظ : [مثل] ساقط من (ع) .

(٣) راجع : المهذب « كتاب الإقرار » (٣٤٤/٢) ، تكملة المجموع الثانية مع المهذب ، « كتاب الإقرار » (٢٩٠/٢٠ – ٢٩٣) ، التفريع « كتاب الحدود » ، « باب حد السرقة » ، « فصل (٩٥١) : حكم العبد يقر بارتكاب ما يوجب العقوبة » (٢٣١/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الكتاب السادس » ، « الباب الأول في الإقرار » ص٣٢٤ ، الكافي لابن قدامة ، « كتاب الإقرار » ، « فصل ويصح إقرار العبد بالحد والقصاص فيما دون النفس » (٥٦٩/٤ ، ٥٧٠) ، المغني « كتاب الإقرار بالحقوق » (١٥١/٥ ، ١٥٢) .

(٤) في جميع النسخ : [إن قطع] ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) .

(٥) في جميع النسخ : [المالك] ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يحكم] بدون العطف .

(٧) [في] : بدل [لأنه] المثبتة في النسخ جميعها ، ولفظ [المال] في الجملة زائد ، توخيا لسلامة المعنى المستفاد من السياق .

(٨) فمعناه أن [المال] بدل [ولمعناه في مال] الوارد في النسخ جميعها .

وهذا لا يجوز كما لو سرق ابتداءً مال المولى .

١٢٧٨٣ - ولأن إقراره بالسرقة لما صح فقد ضمن استحقاق عين ملك المولي استحقاقها بالإقرار ، كاليد .

١٢٧٨٤ - احتجوا : بأنه أقر بسرقة عين [1] ، الظاهر أنها لغيره فقطعناه ، ولم يقبل قوله علي غيره في عينه ، كما لو قال : هذا العبد الذي في يدي قد سرقته من عمرو ، فإنا نقطعه ولا نقبل [2] قوله على زيد .

١٢٧٨٥ - قلنا : هنالك قد حكمنا بالعين لمن نقطع [3] بسرقة ماله ، فلذلك نقطع[4] . وههنا لو حكمنا بالملك للمولى فالعبد لا يجب عليه القطع بسرقة مال [5] مولاه .

١٢٧٨٦ - ولأنه يجوز أن تكون [6] العين لمن هي في يده ، أو قد كانت وديعة في يد المسروق منه فيقطع فيها .

١٢٧٨٧ - وفي مسألتنا : لو حكمنا بها للمولى لم يقطع في سرقتها ، وإن كانت وديعة عند غيره لأنه لا يجب القطع بسرقة مال المولى ، وقد ثبت القطع باتفاق .

١٢٧٨٨ - قالوا : أقر بأمرين ، القطع والمال ، فيحكم بأحدهما دون الآخر .

١٢٧٨٩ - قلنا : القطع لا يجوز أن ينفرد عن المال فلم يجز أن يحكم بالقطع فتفرده عنه .

* * *

(١) الزيادة من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [ولا يقبل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يقطع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقطع] الأصوب في الموضعين : [تقطع] .

(٥) لفظ : [مال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) ، (ع) : [أن يكون] .



بيع الكلب

١٢٧٩٠ - قال أصحابنا : بيع الكلب جائز [١] .

١٢٧٩١ - وقال الشافعي : لا يصح بيعه [٢] .

١٢٧٩٢ - لنا : ما روى عطاء ، عن أبي هريرة ﷺ ، قال : قال رسول الله ﷺ : « ثلاث كلهن سحت ، كسب الحجّام سحت ، ومهر الزانية سحت ، وثمن الكلب ، إلا كلب صيد » [٣] .

وروى حماد بن سلمة ، عن أبي الزبير ، عن جابر ﷺ ، قال : « نهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، والسبع ، إلا كلب صيد » [٤] .

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٤ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلي المعقود عليه » (١٤٢/٥ - ١٤٣) الهداية مع فتح القدير « كتاب البيوع » ، في « مسائل منثورة » (١١٨/٧-١٢١) .

(٢) راجع : الأم ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الكلاب وغيرها من الحيوان » (١١/٣-١٣) ، حلية العلماء « باب ما يجوز وما لا يجوز » (٢٢٥/٩) ، المهذب مع المجموع ، « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ثمن الكلب » (٢٢٥/٩ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩) ، الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ثمن الكلب » (٦٥٦/٢) ، المنتقي « باب ما جاء في ثمن الكلب » (٢٨/٥) ، الكافي لابن عبد البر ، « باب ما يجوز بيعه من الحيوان وما لا يجوز بيعه منه » (٦٧٤/٢ ، ٦٧٥) ، بداية المجتهد ، « الباب الأول في الأعيان المحرمة للبيع » (١٣٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الأول في أركان البيع "ص٢٤٩ ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (١٧/٥) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (٣١٨/١ ، ٣٥٥) ، المغني في « بيع الكلب » (٢٧٨/٤ ، ٢٧٩) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٩/٢) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٨٠/٤) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » (٧٢/٣ ، ٧٣) ، الحديث (٢٧٣ ، ٢٧٥) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن ثمن الكلب » (٦/٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار ، «كتاب البيوع » (٤٩٤/٧) ، ضمن المسألة (١٥١٤) .

(٤) أخرجه النسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، « في الرخصة في ثمن كلب الصيد » ، وفي « وما استثنى » (١٩٠/٧ ، ١٩١ ، ٣٠٩) ، ونحوه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٣/٣) ، الحديث (٢٧٦ ، ٢٧٧) وابن حزم في المحلي « كتاب البيوع » (٤٩٤/٧) ، المسألة (١٥١٤) ، وأخرجه أحمد في المسند (٣١٧/٣) .

١٢٧٩٣ – وقولهم : « قال الدارقطني : الصحيح وقفه [١] على جابر » لا يصح ؛ لأن الدارقطني ذكر حديث حماد بن سلمة مسندا من طرقه من وجه آخر .

وروي عن جابر ﷺ ، قال : « نهي عن ثمن الكلب إلا كلب صيد » [٢] .

وقال الدارقطني : هذا صحيح – يعني : أن طريق هذا الخبر أصح من طرق الأول – فكل واحد صحيح ، والراوي في الوجهين حماد بن سلمة ، وإنما أغفل [٣] ذكر النبي ﷺ في أحد الخبرين ؛ فأيهما أولى ؟ ثم الخبر إذا روي مرسلًا ومسندًا [٤] لم يقدح فيه عندنا فيقضي [٥] به .

١٢٧٩٤ – فإن قيل : معناه : ولا كلب صيد ، كما قال اللّٰه تعالى : ﴿ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ [٦] حُجَّةٌ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ ﴾ [٧] ، وذلك لأن ظاهر الاستثناء اجتماع بعض الجملة ، وأنه يعتد [٨] بنفس الجملة وضم غيرها إليها على الظاهر .

١٢٧٩٥ – فإن قيل : كلب صيد وغيره سواء بإجماع ، فيحتمل أن يكون الاستثناء من محذوف ، فإنه نُهي عن بيع الكلب وعن إمساكه إلا كلب صيد .

١٢٧٩٦ – قلنا : النبي ﷺ استثنى جواز بيع كلب [٩] لا يمكن الانتفاع به ؛ فدل [١٠] على جواز بيع كلب ينتفع به ، فبقي النهي عما لا يمكن الانتفاع به من الكلاب .

ولأنه جارحة يصاد به ، كالفهد .

ولأنه حيوان تصح الوصية به ، كالفهد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وقوفه] .

(٢) لفظ : [عن] ساقط من (م) . والحديث أخرجه الطحاوي ، في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب ثمن الكلب » (٥٨/٤) ، والبيهقي (٦/٦) ، والدارقطني (٧٣/٣) ، الحديث (٢٧٨) .

(٣) في (م) : [أعقل] .

(٤) في (م) : [مسندًا مرسلًا] ، وفي (ع) : [مرسلًا مسندًا] بدون الواو .

(٥) في (ع) : [فنقضي] .

(٦) قوله : [عليكم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، مكانه : [على اللّٰه] ، وهو خطأ من النساخ .

(٧) سورة البقرة : الآية ١٥٠ .

(٨) في (م) ، (ع) : [إجماع] ، مكان : [اجتماع] ، وفي (م) : [يقيد] ، وفي (ص) ، (ع) : [يعيد] بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، أو [يعيد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الكلب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وذلك] ، مكان : [فدل] .

أو أن يكون الوارث أخص به من غيره ، فجاز بيعه [١] ، كالشاة .

١٢٧٩٧ - ولا يلزم : النحل ودود القز ؛ فإن بيعهما جائز عندنا إذا باع الكوَّارة بما فيها ، والقز بما فيه من الدود .

١٢٧٩٨ - ولأنه بهيمة يجوز الانتفاع بها من غير ضرورة فجاز بيعها ، كالفهد .

١٢٧٩٩ - فإن قيل : لا نسلم أنه ينتفع به من غير ضرورة ؛ ولأن حفظ الماشية به موضع ضرورة ، وكذلك الاصطياد ؛ لأنا نريد [٢] بالضرورة : ما يخافه الإنسان على نفسه وماله [٣] ، وترك الاصطياد بالكلاب لا يخاف منه هذا المعنى .

ولأنه حيوان مختلف في أكل لحمه ، كالضبع .

١٢٨٠٠ - احتجوا : بما روى أبو مسعود الأنصاري ﷺ « أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحُلْوان الكاهن » [٤] .

وفي حديث أبي هريرة [٥] : « أن النبي ﷺ قال : لا يحل ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحُلْوان الكاهن » [٦] .

وفي حديث ابن عباس ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، فإن جاء صاحب الكلب يلتمس ثمنه يملأ كفه ترابًا » [٧] .

١٢٨٠١ - الجواب : أن خبرنا فيه زيادة استثناء ، والزيادة في الخبر [٨] أولى ، ألا

---

(١) قوله : [فجاز بيعه] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [يراد] .

(٣) في (ص) : [بفر] بدون نقط ، مكان : [يفر] ، وفي (م) ، (ع) : [يفر] ، لعل الصواب : [بفره] ، بزيادة : [هـ] .

(٤) رواه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع اللحم باللحم » (٦٥٦/٢) والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب ثمن الكلب » (٢٩/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم ثمن الكلب » (١١٩٨/٣) ، الحديث (١٥٦٧/٣٩) ، كما أخرجه أحمد في المسند ، وأصحاب السنن الأربعة في كتبهم وغيرهم .

(٥) في (م) ، (ع) : [ابن عباس] ، مكان : [أبي هريرة] .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في أثمان الكلاب » (٢٧٣/٢ ، ٢٧٤) ، والنسائي في المجتبي « كتاب الصيد والذبائح » ، في « النهي عن ثمن الكلب » (١٩٠/٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن ثمن الكلب » (٦/٦) .

(٧) أخرجه أبو داود ، (٢٧٣/٢) ، وأحمد في المسند (٢٨٩/١ ، ٣٥٠) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الأخبار] ، مكان : [الخبر] .

ترى : أن راوي خبرنا سمع ما في خبره وزيادة .

١٢٨٠٢ - ولأن هذا يحتمل أن يكون في الحالة التي أمر النبي ﷺ بقتل الكلاب ، والبيع في ذلك الوقت [1] لا يجوز .

١٢٨٠٣ - ولأن التسليم مُقْتَدَر [2] ، وقد يصح ذلك ، فأمكن التسليم .

١٢٨٠٤ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﷺ « أن النبي ﷺ قال : قاتل اللّٰه اليهود ، إن اللّٰه حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها ، فإن اللّٰه إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه » [3] .

١٢٨٠٥ - والجواب : أن تحريم الأكل لا يدل على تحريم الثمن ؛ بدلالة : الآدمي والفهد ، وكذا شراء الطير ، فلابد أن يكون المراد بالخبر : « إن اللّٰه إذا حرم » ما يُقْصَدُ منه الأكل .

١٢٨٠٦ - فإن قيل : إن اللّٰه إذا حرم شيئًا حرم ثمنه .

١٢٨٠٧ - قلنا : أكل الكلب حرام ، والثمن ليس بثمن المحرم [4] ، إنما هو بدل عن غير المحرم ، والانتفاع بها غير محرم .

١٢٨٠٨ - قالوا : حيوان يُغسل الإناء من ولوغه ، فلا يجوز بيعه ، كالخنزير .

١٢٨٠٩ - قلنا : النمر والأسد عندهم لا يُغسل الإناء من ولوغهما ، ولا يجوز بيعها، فتعلق الحكم على غسل الإناء لا معنى له .

١٢٨١٠ - ولأن الخنزير لا يستحق بسبق [5] اليد ، ولا يكون الوارث أحق به من غيره ، فلذلك لم يجز بيعه ، والكلب بخلافه .

١٢٨١١ - أو نقول : إن الخنزير حيوان لم يصح الانتفاع به مع الاختيار ، فجاز بيع جنسه ، كالفهد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [البيع في ذلك] ، بحذف العطف ، و [الوقت] .

(٢) في (ص) : [متقدر] .

(٣) أخرجه أبو داود « باب في ثمن الخمر والميتة » (٢٧٤/٢) .

(٤) في جميع النسخ : [ليس بثمن عندنا غير المحرم] ، وهو اضطراب أقمناه بحذف لفظي : [وعندنا غير] ، وفي (ع) : [يدل] ، مكان : [بدل] ، وفي (ص) ، (م) : [علي] ، مكان : [عن] ، وقد حذفنا [ما تعلق] التي جاءت في آخر الجملة بعد قوله [غير محرم] وقد أجرينا هذا التغيير ليستقيم المعنى المستفاد من السياق .

(٥) في (م) ، (ع) : [لبق] .

١٢٨١٢ - ولا يلزم : رباع مكة [١] ؛ لأن بيعها جائز في إحدى [٢] الروايتين ؛ ولأنا قلنا حيوان .

١٢٨١٣ - ولا يلزم : النحل ، ودود القز ؛ [لأنه] [٣] لا يحرم بيعه على ما قدمنا .

١٢٨١٤ - قالوا : حيوان نجس العين ، كالخنزير .

قلنا : نجاسة الشيء لا تمنع [٤] من جواز بيعه ، كالثوب النجس ، وطهارته [٥] لا تدل على جواز بيعه ، كالبق [٦] والذباب .

١٢٨١٥ - والمعنى في الخنزير : أنه [غير] [٧] جارح لم يبح الاصطياد به ، ولما كان الكلب جارحة أبيح الاصطياد بها ، فأشبهت الفهد .

١٢٨١٦ - قالوا : لا يجوز اقتناؤه على الإطلاق ؛ بدلالة : ما روي في حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « من اقتني كلبًا إلا كلب صيد أو ماشية ، نقص من أجره كل يوم قيراط » [٨] ، وإذا لم يجز اقتناؤه مطلقًا لم يجز بيعه .

١٢٨١٧ - قلنا : هذا قاله عليه [الصلاة] والسلام في الحال التي شدد في أمر الكلاب ؛ لأنه قدم المدينة وقد ألِفوها وخالطت بيوتهم ، فشدد فيها حتى حسم المادة ، ثم خف حكمها ؛ ولأنه نبه عليه [الصلاة و] السلام بجواز إمساك الكلب بهذا الغرض ؛ على أن إمساكه لغرض صحيح جائز ، فإن تحريم إمساكه لغير غرض لا يختص بالكلب ؛ لأن الفهد هكذا حكمه ، وكذلك الأسد والنمر .

* * *

---

(١) لفظ : [مكة] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [رباع مكة] ، لعل الصواب : [بيع رباع مكة] .

(٢) في (ص) : [أحد] .

(٣) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وطاهريته] .

(٦) البَقُّ : حشرة مضرة ، من فصيلة البعوضيات ، الواحدة : بقة . راجع : المصباح المنير ، مادة : « بق » (٥٨/١) ، المعجم الوسيط (٦٥/١) .

(٧) زيادة اقتضاها السياق لكي يستقيم .

(٨) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه » (١٢٠٣/٣) ، الحديث (١٥٧٥/٥٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الصيد » ، « باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره » (١٠٧/٢) ، والنسائي في المجتبي « كتاب الصيد والذبائح » ، في « باب الرخصة في إمساك الكلب للحرث » (١٨٩/٧) ، والبخاري في الصحيح « في الحرث والمزارعة » ، « باب اقتناء الكلب للحرث » (٤٥/٢) .

مسألة ٦٥٢

ملك الكافر للعبد المسلم

١٢٨١٨ - قال أصحابنا : يجوز أن يملك الكافر العبد المسلم بالميراث ، والشراء ، والهبة ، والوصية [١] .

١٢٨١٩ - وقال الشافعي : يملك بالميراث قولًا واحدًا ، وأما في العقود : فقال في عامة كتبه : إنه يملكه ويجبر على بيعه ، وقال في الأصل : العقد باطل [٢] .

لنا : حديث عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » [٣] .

ولأنه عبد لو اشتراه المسلم صح ، فإذا اشتراه الكافر ملكه ، كالعبد الصغير إذا أسلم .

١٢٨٢٠ - فإن قيل : المعنى فيه : أن الكفر لا يمنع من استدامة ملك [٤] .

١٢٨٢١ - لم نسلم [٥] ذلك ، بل نقول : إنه يمنع من الاستدامة ، كالمسلم الكبير .

١٢٨٢٢ - ولأنه عبد يصح للكافر بيعه فصح شراؤه ، كالعبد الكافر ، والعبد الصغير إذا أسلم .

١٢٨٢٣ - ولأن المبيع [٦] أحد شطري العقد ، فإذا ملكه الكافر من المسلم ملك الشطر الآخر .

١٢٨٢٤ - فإن قيل : البيع إزالة ملك ، والشراء اجتلاب [٧] الملك ، وفرق / بين ١٥٠/أ

---

(١) في (م) ، (ع) : « والشر » ، مكان : « والشراء » . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « باب من البيوع الفاسدة » ، « فصل : شراء الكافر العبد المسلم » (٤٠١/١ ، ٤٠٢) ، مسألة (٢٠٩٨ ، ٢١٠٠ ، ٢١٠١) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائطها » (١٣٥/٥) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٣٥٤/٩ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠) فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « باب ما يصح به البيع » بذيل المجموع (١٠٧/٨ ، ١٠٨) ، مغني المحتاج (٨/٢) ، المدونة ، في « اشتراء النصراني المسلم » ، وفي « هبة العبد المسلم للنصراني » (٢٨١/٣ - ٢٨٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب البيوع الفاسدة » (٦٣/٢) ، الإفصاح « باب بيع المرابحة » (٣٥٥/١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » ، « فصل : ولا يصح شراء الكافر مسلمًا » (٢٩٢/٤) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) .

(٤) قاعدة : « الكفر لا يمنع من استدامة ملك » .

(٥) في (م) : [لم يسلم] .

(٦) في (ص) : [البيع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والشرى اختلاف] .

الأمرين . بدليل [١] : أن الكافر إذا أسلمت امرأته وطلقها لا يجوز أن يتزوج المسلمة [٢] .

١٢٨٢٥ - قلنا : الكفر يزيل ملكه بأحد شطري العقد ، فلذلك جاز أن يختلف ملك الآخر .

وفي النكاح لا يزيل ملكه بأحد شطري العقد ، ولو جاز أن يزيل ملكه بأحد شطري النكاح [جاز أن يستفيد الملك بالشطر الآخر ؛ لأن الإمساك لا يفصل بين الشطرين] [٣] .

١٢٨٢٦ - فإن قيل : الكفر لا يمنع من استدامة البيع فلم يمنع من البيع ، ولو منع من استدامة الشراء منع من الشراء [٤] .

١٢٨٢٧ - قلنا : البيع لا يوصف بالاستدامة ولا الشراء [٥] ، وإنما يستديم ملك ما اشتراه فيمنع منه ، والمانع [٦] بعد البيع ليس يستديم لشيء حتى يقال : إنه لا يمنع الاستدامة .

١٢٨٢٨ - ثم الشراء [٧] لا نسلم أنه يمنع من استدامة الشراء [٨] ؛ لأنا لا نأمره بالفسخ ، وإنما نأمره بأن يزيل يده ، فإذا أزالها انقطع الملك ، وإن أزالها بالكتابة جاز ، وليس في الكتابة إزالة الملك ، وكلاهما استدامة الشراء [٩] ؛ لأنه لا يتعرض له بالفسخ .

١٢٨٢٩ - قالوا : في بيعه ذل المسلم ، وفي الشراء [١٠] [منه إزالته] .

١٢٨٣٠ - قلنا : إذا لم نمكنه [١١] من استخدامه وأجبرناه على إزالة يده لم يوجد الذل .

١٢٨٣١ - فإن قالوا : أليس في العقد ذل .

١٢٨٣٢ - قلنا : لنفوذ تصرفه بالبيع أيضًا [١٢] ذل .

١٢٨٣٣ - قالوا : ليس يمنع أن يجوز له البيع ، ولا يجوز له الشراء [١٣] ، كما لا

---

(١) لفظ : [بدليل] ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وطلقها جاز] ، مكان : [وطلقها] ، و [المسلم] ، مكان : [المسلمة] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤ ، ٥) في (م) ، (ع) : [الشرى] في الأماكن الثلاثة .

(٦) في (ع) : « البائع » .

(٧ ، ١٠) في (م) ، (ع) : [الشري] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يمكنه] .

(١٢) في (ص) ، (م) : [أيضًا بالبيع] بالتقديم والتأخير .

(١٣) في (م) ، (ع) : [الشري] .

يجوز له أن يشتري أباه وأم ولده ، ولا يجوز بيعهما إذا وجد هناك مبيع ، وهو إذا كان وكيلًا في الشراء [١] .

١٢٨٣٤ - أما إذا اشترى لنفسه لم يبق بعد الشراء مبيع ؛ لأن الولد يعتق وأم الولد يستقر فيها الاستيلاد .

١٢٨٣٥ - ولأن كل من جاز أن يملك العبد المسلم بالإرث جاز أن يملكه بالشراء [٢] ، كالمسلم [٣] .

١٢٨٣٦ - فإن قيل : الميراث يدخل في ملكه بغير فعله ، والشراء [٤] استخلاف الملك بفعله ، وحكم الأمرين مختلف ، ولهذا يرث المحرم الصيد ، ولو اشتراه أو اصطاده لم يملكه .

١٢٨٣٧ - قلنا : المحرم ممنوع [٥] من العقد على الصيد ، وليس ممنوعًا [٦] من استدامة الملك ، ولهذا لو كان وكيلًا بالشراء [٧] لم يجز ، وليس في الميراث بملك من جهته .

١٢٨٣٨ - وأما في مسألتنا : فالكافر غير ممنوع [٨] من العقد ، وإنما هو ممنوع [٩] من البقاء على الملك ؛ بدلالة : أنه لو اشتراه جاز ، والملك موجود في الميراث ، والشراء [١٠] على وجه واحد ، فلما جاز أن يثبت له الملك بأحد الشيئين جاز أن يثبت بالآخر .

١٢٨٣٩ - ولأن كل معنى في العاقد يمنع العقد مع صحة القبول إذا وجد بعد العقد قبل القبض أبطل [١١] العقد ، كالإحرام في العقد على الصيد ، فلما كان الكفر طرأ بعد العقد قبل القبض لم يبطل العقد ، دل [١٢] على أنه لا يبطل العقد .

١٢٨٤٠ - ولا يلزم : الحيوان ؛ لأنه [قد] [١٣] يمنع إذا قارنه ، وقد لا يمنع إذا كان له قصد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الشري] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بالشري] .
(٣) قاعدة : « كل من جاز أن يملك العبد المسلم بالإرث جاز أن يملكه بالشراء » .
(٤) في (م) ، (ع) : [الشري] .
(٥) في (ص) : [م] ، مكان : [ممنوع] .
(٦) في (ص) : [م] ، مكان : [ممنوعا] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الشري] .
(٨ ، ٩) في (ص) : [م] ، مكان : [ممنوع] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [والشري] .
(١١) في (ص) : [قبض] ، مكان : [قبل] ، وفي جميع النسخ : [ابطال] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(١٢) لفظ : [دل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

ولأنا قلنا مع صحة القبول [١] .

١٢٨٤١ - ولأن المانع من العقد إذا لم يُقْصَدْ عنده قُصِدَ إليه ، بدلالة : أن المجنون إذا كان يقصد البيع [٢] صح بيعه عندنا ، والعقد بعد الانعقاد لا يفتقر إلى القصد .

١٢٨٤٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [٣] .

١٢٨٤٣ - الجواب : أن المراد به : أحكام الآخرة ، بدلالة : قوله تعالي : ﴿ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ ۗ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [٤] .

١٢٨٤٤ - وقد قيل : [إن] المراد به : الحجة سبيل الذود [٥] والقدرة ، بدلالة : أن المراد لو كان سبيل الملك لكان خبر الباري [٦] قد وجد بخلاف ما أخبر ؛ لأنه قد جعل عليه سبيلًا بالميراث .

١٢٨٤٥ - يبين [٧] ذلك : أنا إذا حملنا الآية على أحد هذين أمكن تبقية عمومها ، وعلى ما قالوا : لا يمكن تبقية عمومها ، فكان التأويل المبقي [٨] للعموم أولي .

١٢٨٤٦ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه » [٩] .

١٢٨٤٧ - قلنا : لا دلالة فيه ، أن الإسلام عندنا يعلو الأديان كلها في ظهور الحجة ، وليس في الخبر : أن المسلم يعلو [١٠] ولا يعلي .

١٢٨٤٨ - قالوا : حرمة [١١] الإسلام إذا منعت من استيفاء الملك على الدوام منعت ابتداء الملك ، كالنكاح .

---

(١) في (ص) : [القول] .

(٢) في (م) ، (ع) : [العبد] ، مكان : [البيع] .

(٣ ، ٤) سورة النساء : الآية ١٤١ .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (ص) ، (م) : [الدود] بالدالين المهملتين ، وهو تصحيف . الذود : السوق ، والطرد ، والدفع . راجع في لسان العرب ، مادة : « ذود » (١٥٢٥/٣) .

(٦) لفظ : [الملك] ساقط من (ع) ، وفي (ص) : [خبر الباري كان] ، بزيادة : [كان] .

(٧) في (م) ، (ع) : [تبين] . (٨) في (م) ، (ع) : [المنفي] .

(٩) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب النكاح » ، « باب المهر » (٢٥٢/٣) ، والبخاري تعليقًا ، في الصحيح في الجنائز ، « باب إذا أسلم الصبي مات هل يُصلى عليه » (٢٣٤/١) .

(١٠) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفيها : [يعلوا] ، بزيادة : [الألف] وهو خطأ .

(١١) في سائر النسخ : [حرحه] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

١٢٨٤٩ - قلنا : لا نسلم أنه يمنع من استيفاء [١] الملك على الدوام ؛ لأنه يكاتبه عندنا ويستديم الملك ثم يملك تسلم [٢] المولى فيقر على الملك أبدا ، ويعتقه فيستديم أحكام الملك وهو الولاء ، وفي النكاح لا يجوز أن يملك ما ابتدأ بحال ، وإذا أسلمت تحته وجب قطع الملك ، ثم لا يجوز أن يبقي الملك [٣] علي التأييد .

١٢٨٥٠ - ولأنه يجوز أن يملك بالشراء [٤] فلا يستديم الملك فيه ، كما لو اشترى مالًا تجب [٥] فيه الشفعة .

١٢٨٥١ - ثم المعنى في النكاح : أنه ينعقد على الاستباحة ، ولا يجوز أن يستفرش الكافر المسلمة ، فلم يجز أن يعقد عليها مع عدم المعقود عليه ، كما لا يعقد على ذوات محارمه .

١٢٨٥٢ - وفي مسألتنا : العقد يقع على الملك ، ويجوز أن يملك الكافر المسلم ، والمعقود عليه موجود فانعقد العقد .

١٢٨٥٣ - أو نقول : إن الكافر لا يجوز أن يستفيد بنكاح المسلمة تصرفًا مقصودًا بالنكاح ، فلم ينعقد العقد [٦] ، ولا فائدة فيه ، والكافر يستفيد بهذا العقد تصرفًا مقصودًا ، وهو أنه يجوز أن يعتق [٧] ويكاتبه ، والبيع من التصرف المقصود ، فلذلك جاز أن ينعقد عقده .

١٢٨٥٤ - قالوا : كل معني إذا طرأ على الملك كلف برفع يده عنه ، فوجوده مانع من ابتداء الملك ، أصله : الإحرام في الصيد .

١٢٨٥٥ - قلنا : لا نسلم أن الإحرام إذا طرأ على ملك الصيد كلف إزالة اليد ، وإنما يمنع عن إيقاع الفعل [٨] فيه ، ولو كان في قبضته [٩] أو داره لم يؤمر بإزالة اليد الحكمية عنه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يمنع] ، مكان : [يمتنع] ، وفي (ع) : [ابتداء] ، مكان : [استيفاء] .
(٢) في (ع) : [ثم يسلم] ، مكان المثبت بحذف : [يملك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن ينفي أحكام الملك] ، بزيادة : [أحكام] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالشري] .
(٥) في (م) ، (ع) : [قالوا اشترى ما لا يجب] ، مكان المثبت .
(٦) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في سائر النسخ : [يعقد] ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .
(٨) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [عن] ، وفي (ع) : [إيقاف لفعل] .
(٩) في (م) ، (ع) وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [قبضه] .

١٢٨٥٦ - ثم الصيد دليلنا ؛ لأن الإحرام لو طرأ بعد عقد أبطل العقد ، كذلك إذا وجد مع العقد . وأما الكفر : فمعنى في العاقد إن وجد [1] بعد العقد قبل القبض لم يبطل العقد ، كذلك إذا قارن العقد مع صحة القبول .

١٢٨٥٧ - قالوا : منع من استدامة الملك الثابت وأمر بقطعه ؛ لأن فيه أمرًا بوجود هذه العلة .

١٢٨٥٨ - قلنا : إذا كان المنع لأجل الاستدامة [2] أو الحرمة فليس في نفس العقد استدامة [3] ولا يترك للحرمة ؛ ألا ترى [4] : أن حرمة الأب أعظم من حرمة المسلم من حق الكافر ؛ لأن حرمة الأب منعت من استخدام الأب بالإجارة ومن الحبس بدينه ، والقطع بسرقة ماله ، ومن بقاء القصاص له عليه ، وحرمة الإسلام لا تمنع من استخدام الكافر بالإجارة والحبس بدينه والقطع بماله ، و [وجوب] [5] القصاص له عليه إذا قتله وهو كافر ثم أسلم .

ثم هذه الحرمة لم تمنع [6] من ابتياع الابن وثبوت ملكه بالشراء [7] ، وإنما منعت من الاستدامة ، كذلك [8] حرمة الأب مثله .

١٢٨٥٩ - فإن قيل : إنما لم يمنع الأب [9] الابتياع ؛ لأنه يؤدي إلى نفع عظيم وهو العتق .

١٢٨٦٠ - قلنا : يجوز أن يشتري الابن الكافر أباه المسلم ؛ لأنه يفتقر إلي ذلك البيع .

١٢٨٦١ - ولأن الاستدلال [10] إنما يكون بالتمكن منه والتبقية ، وإذا لم يبق [11] على ملكه زال هذا المعنى .

١٢٨٦٢ - فإن قيل : فيجب إذا قال : لا أستخدمه ، أو أجره سنين كثيرة أن يترك على ملكه .

---

(١) في (ص) : [أن يحدد] ، وفي غيرها : [أن يجدد] .

(٢ ، ٣) في (م) ، (ع) : [استدلال] ، مكان : [الاستدامة] .

(٤) في (ص) : [ألا يرى] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [لم يمنع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالشري] .

(٨) في (ص) : [لذلك] .

(٩) في (م) ، (ع) : [حرمة الأب] ، بزيادة : [حرمة] .

(١٠) في جميع النسخ : [الاستدلال] ، بالدال المهملة ، والصواب ما أثبتناه بالذال المعجمة .

(١١) في (م) ، (ع) : [لم ينفذ] ، مكان : [لم يبق] .

١٢٨٦٣ – قلنا : إذا وجد لم يلزمه الوفاء به ، فإذا أجره انفسخت الإجارة بالعذر فعاد إلى خدمته .

١٢٨٦٤ – قالوا : عبد مسلم ، فلا يصح للكافر أن يملكه ، كالمدبر .

١٢٨٦٥ – قلنا : لا نسلم أنه لا يجوز أن يملكه ، بأن يبتاعه ويحكم حاكم بجواز البيع .

١٢٨٦٦ – ولأن المدبر عبد لا يملكه المسلم بالوصية فلا يملكه الكافر بالشراء [١] ، والعبد الذي يملكه الكافر بالإرث يملكه بالشراء .

١٢٨٦٧ – قالوا : الشراء [٢] إنما يصح إذا قصد به أحد أمرين : قربة ، أو ربح .

١٢٨٦٨ – فالقربة : أن يشتري أباه أو جده ، والربح : أن يبتاعه فيبيعه على إجارة فيربح ، فإذا عقد العقد من هذين العوضين لم يصح ، كشراء الحرائر [٣] .

١٢٨٦٩ – ومعلوم أن الكافر ليس من أهل القرب ، ولا يصل إلى الربح ؛ لأن من باع مكرهًا لم يحصل له ربح طيب [٤] .

١٢٨٧٠ – قلنا : قد يشتريه ليعتقه [٥] ، وهذا غرض صحيح ، وهو وإن لم يكن من أهل القرب حكمًا فقد قصد القرب ، وقد يبتاعه فيكاتبه على المال الكثير ، فيحصل له الربح ، ويعتقه على ماله [٦] فيحصل به البدل الكثير في ذمته .

١٢٨٧١ – قالوا : لو جوزنا الشراء [٧] وألزمناه البيع حتى لا يستبدله جاز أن يبيعه من كافر ، ويبيعه الكافر من مثله ، فيدوم ذلك عليه أبدًا .

١٢٨٧٢ – قلنا : إذا باعه من كافر عزرناه وأجزنا بيعه ، إلا إن عزَّ المشتري ، ولم يقصد [٨] أن يبيعه من كافر .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [الشري] . (٢) في (م) ، (ع) : [الشري] .

(٣) في (ص) : [الحرار] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يتحصل] ، وفي (ص) ، (م) : [ربحًا طيبًا] ، مكان المثبت .

(٥) لفظ : [قلنا] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [يسرقه ويعتقه] ، مكان المثبت .

(٦) في (ص) : [حاله] ، مكان : [ماله] . (٧) في (م) ، (ع) : [الشري] .

(٨) الجملة الأخيرة مضطربة في النسخ ، ونصها : « فإن تبرع المشتري ما لم نر أن يبيعه من كافر » . ويتفق التغيير الذي أجريناه مع المعنى المستمد من السياق .

مسألة ٦٥٣

بيع وإجارة أراضي مكة

١٢٨٧٣ - قال أبو حنيفة : لا يجوز بيع أراضي مكة ، ولا إجارة بيوتها .

١٢٨٧٤ - وروى الحسن عنه جواز ذلك [١] ، وهو قول الشافعي [٢] .

١٢٨٧٥ - لنا : ما روى إسماعيل بن إبراهيم بن المهاجر ، عن أبيه ، عن مجاهد ، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ؛ أن النبي ﷺ قال : « لا يحل بيع بيوت مكة ، ولا إجارتها » [٣] ، ذكره الطحاوي .

١٠/ب وذكر الدارقطني عن إسماعيل [بن إبراهيم] بن مهاجر / عن أبيه ، [عن عبد الله ابن باباه] [٤] ، عن عبد الله بن عمرو [٥] قال : قال رسول ﷺ : « مكة مناخ لا تباع رباعها ، ولا تؤاجر بيوتها » [٦] .

---

(١) راجع : كتاب الآثار « كتاب المناسك » ، « باب بيع بيوت مكة وأجرها » ص٧٦ ، الأثر (٣٧١ ، ٣٧٢) ، مختصر الطحاوي « كتاب الكراهة » ص٤٣٩ ، ٤٤٠ ، شرح معاني الآثار « كتاب البيوع » ، « باب بيع أرض مكة وإجارتها » (٤٩/٤) وما بعدها ، أحكام القرآن للجصاص ، « سورة الحج » ، « باب بيع أراضي مكة وإجارة بيوتها » (٢٢٨/٣ - ٢٣٠) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٦/٥) ، البناية مع الهداية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٢٥٤/١١ - ٢٦٢) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٦٠/١٠ ، ٦٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر « كتاب الكراهة » ، « فصل في بيع العذرة » (٥٢٤/٢) .

(٢) راجع : المجموع مع المهذب « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٢٤٧/٩ - ٢٥١) ، حلية العلماء « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٦٩/٤ ، ٧١) ، أحكام القرآن لابن العربي ، « سورة الحج » (١٢٧٥/٣ ، ١٢٧٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٢/١٢ ، ٣٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب كراء الدور » (٢١٨/٢ ، ٢١٩) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب الرابع من القسم الثاني في العقود المشاكلة للبيوع » ، « الباب الأول : في الإجارة ، والجعل ، والكراء إلخ » ، « الفصل الثالث : في الكراء » ص٢٨١ ، ٢٨٢ .

(٣) أخرجه الطحاوي في المعاني ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع أرض مكة وإجارتها » (٤٨/٤) ، وأخرج بنحوه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الحج » ، في « من كان يكره كراء بيوت مكة وما جاء في ذلك » (٤١٧/٤) ، الحديث (١) .

(٤) الزيادة من سنن الدارقطني ، والمستدرك للحاكم ، وغيرهما .

(٥) في جميع النسخ : [عبد الله بن عمر] ، المثبت من كتب الحديث .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولايواجر] . والحديث أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٨/٣) ، =

١٢٨٧٦ - وروى أبو حنيفة ، عن عبيد الله بن أبي زياد ، عن أبي نجيح ، عن عبد الله بن عمرو ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « مكة حرام ، وحرام بيع رباعها ، وحرام أجر بيوتها » [(١)] .

١٢٨٧٧ - قال الدارقطني : وَهِمَ أبو حنيفة في هذا الحديث ، فقال : ابن أبي يزيد ، وهو ابن أبي زياد [(٢)] ، والصحيح أنه موقوف .

١٢٨٧٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن أبا حنيفة روى الحديث وفيه ابن أبي زياد ، ذكره محمد في الآثار .

وقال الدارقطني [(٣)] في كتابه هكذا ، ثم رواه من طريق وفية ابن أبي يزيد ، فلو لم يحصل الوهم أنه دخل على من روي عنه إذا كان المعروف عن أبي حنيفة ، وقد بيناه .

١٢٨٧٩ - ويدل عليه : ما روي عن علقمة بن نضلة [(٤)] قال : « توفي رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان ، ورباع مكة تُدعى السوائب [(٥)] ، من احتاج سكن ، ومن

= الحديث (٢٢٧) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٣/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب ما جاء في بيع دور مكة » (٣٥/٦) .

(١) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٧/٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٣/٢) ، والبيهقي في كتاب الآثار « كتاب المناسك » ، « باب بيع بيوت مكة وأجرها » ص٧٦ ، الحديث (٣٧١ ، ٣٧٢) .

(٢) هو : عبيد الله بن أبي زياد القداح ، أبو الحصين المكي ، قال يحيى القطان : كان وسطًا ، لم يكن بذاك ، وقال ابن معين : ضعيف ، وقال أحمد : صالح الحديث ، وقال العجلي : ثقة ، وقال أبو داود : أحاديثه مناكير ، وقال ابن عدي : لم أر له شيئًا منكرًا . مات ﷺ سنة خمسين ومائة . راجع ترجمته : في كتاب الضعفاء الصغير ص٧٢ ، الترجمة (٢١٤) ، تاريخ الثقات ص٣١٦ ، الترجمة (١٠٥٥) ، المجروحين (٦٦/٢) ، الكامل (٣٢٧/٤) ، الترجمة (١١٥٩/١٩٢) ، ميزان الاعتدال (٨/٣) ، الترجمة (٥٣٦٠) ، تقريب التهذيب (٥٣٣/١) ، الترجمة (١٤٤٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وقال ذكره الدارقطني] بزيادة : [ذكره] .

(٤) في سائر النسخ : « علقمة بن ثعلبة » ، الصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وهو : علقمة بن نضلة بن عبد الرحمن بن علقمة الكندي ، وقيل : الكناني ، سكن مكة ، وروي عنه : عثمان بن أبي سليمان ، قال ابن منده : ذكر في الصحابة وهو من التابعين ، وقال ابن حجر : « تابعي صغير ، مقبول ، أخطأ من عده في الصحابة » . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٤٠٥/٦) ، الترجمة (٢٢٦١) ، الاستيعاب « باب علقمة بهامش الإصابة » (١٢٦/٣) ، أسد الغابة « باب العين واللام » (١٤/٤ ، ١٥) ، تقريب التهذيب (٣١/٢) ، الترجمة (٢٨٨) .

(٥) السوائب : أي غير المملوكة لأهلها ، بل المتروكة لله لينتفع بها المحتاج إليها ، واحده : السائبة ، وهي المهملة ، وأصله من تسييب الدواب أي : إرسالها ، تذهب وتجيء كيف شاءت . راجع : النهاية : « باب السين مع الياء » (٤٣١/٢) ، لسان العرب ، مادة : « سيب » (٢١٦٦/٣) ، المصباح المنير (٢٨١/١) .

استغنى أسكن » [١] ، ولو جاز البيع ما دعيت السوائب .

١٢٨٨٠ - وقولهم : - إن هذا اسم للصيد دون الأراضي غلط ؛ لأن هذا لكل مال لا ملك عليه .

١٢٨٨١ - فإن قيل : إنما كان كذلك [لأن أكثرها وقوف .

١٢٨٨٢ - قلنا : هذا تجدد بعد العجلة ، وفي البراء ما كانت كذلك] [٢] على عهد رسول الله ﷺ ، والأئمة .

١٢٨٨٣ - وقد استدل أصحابنا بقوله تعالى : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا ﴾ [٣] ، فلو لم تكن مواضع نزولهم غير مملوكة عليهم ولا ممنوع منها لم يكن أن يكون قضى به ، ولهذا منع النبي ﷺ أن يحل له ظل بيت [٤] ، وقال : « منى مناخ لمن سبق » [٥] ؛ لأن الناس يحتاجون إلى حضورها لأداء المناسك ، فسوّى بينهم فيها ، وهذا موجود في مكة .

١٢٨٨٤ - فإن قيل : لو كان كذلك لمنع من بنائها [٦] .

١٢٨٨٥ - قلنا : دعت الحاجة إلى بنائها يسكنها من يجاور البيت ويقوم بعمارتها ، فثبت لهم البناء ، ولم يسقط حق جميع الناس بحاجتهم إلى السكنى ، ولهذا المعنى ألزم أبو حنيفة الناس أن يُسْلِموا [٧] ما جاوروا المسجد ليتوسع [٨] به ، وقال لهم : أنتم نزلتم على المسجد ، وقد احتاج إلى ما أخذتموه لزواره .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب المناسك » ، « باب أجر بيوت مكة » (١٠٣٧/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الحج » ، في « بيع رباع مكة » (٤١٩/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٨/٣ ، ٥٩) ، الحديث (٢٢٨ - ٢٣٠) ، والبيهقي في الكبرى (٣٥/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن قوله : [بعد العجلة] غير واضح ، و لا يستقيم المعنى .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٢٥ .

(٤) في (ص) ، (م) : [بيتًا] .

(٥) في (ع) : [يباح] ، مكان : [مناخ] ، وفي جميع النسخ : [لم يصق] ، مكان : [لمن سبق] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . هذا جزء من حديث عائشة رضي الله عنها ، أخرجه أحمد في المسند (١٨٧/٦ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧) ، وأبو داود نحوه في السنن « كتاب المناسك » ، « باب تحريم حرم مكة » (٥٠٦/١) ، والترمذي في السنن « باب ما جاء في أن منى مناخ من سبق » (٢١٩/٣) ، الحديث (٨٨١) ، وابن ماجه في السنن « كتاب المناسك » ، « باب النزول بمنى » (١٠٠٠/٢) ، الحديث (٣٠٠٦ ، ٣٠٠٧) ، والدارمي في السنن « كتاب المناسك » ، « باب كراهية البنيان بمنى » (٧٣/٢) .

(٦) في جميع النسخ : [نزالها] .

(٧) في (ص) : [أن يسلموا] ، وفي غيرها : [أن يسكنوا] ، وقد اخترنا ما جاء في (ص) ؛ لأنه الأقرب للمعنى .

(٨) في (م) ، (ع) : [لتوسع] .

١٢٨٨٦ – واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ﴾ [(١)] الآية .

والمسجد اسم للحرم ؛ قال ابن عباس ﷺ : « الحرم كله مسجد » [(٢)] ، وقال الله سبحانه : ﴿ سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا ﴾ ، الآية ، والمراد به : بيت خديجة [رضي الله عنها] [(٣)] .

وقال تعالى : ﴿ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ﴾ [(٤)] . [وقال] [(٥)] تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ [(٦)] .

١٢٨٨٧ – فإن قيل : الحقيقة تقتضي المسجد ، فلا يعدل عنه إلا بدليل .

١٢٨٨٨ – قلنا : إذا كان في الشرع استعمال الحرم [(٧)] فيه صار حقيقة بالشرع .

١٢٨٨٩ – ولأنه تعالى قال : ﴿ وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍۭ بِظُلْمٍ ﴾ [(٨)] ، وهذا الحكم

---

(١) سورة الحج : الآية ٢٥ .

(٢) لفظ : [كله] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وأثر ابن عباس ﷺ : أخرجه ابن حزم ، بلفظ : « المسجد الحرام : الحرم كله » ، في المحلى « كتاب الحج » (١٤٧/٥) ، المسألة (٨٣٥) .

(٣) المراد بالمسجد الحرام هنا هو بيت خديجة . وفيما قد ذكره النووي ، عند سرده أدلة المخالفين لهم ، في المصدر السابق (٢٤٨/٩) . وقد اختلفت الرواية في المكان الذي أسرى منه النبي ﷺ ، فجاء في رواية : أنه أسرى من بيته ، أخرجها ابن سعد في الطبقات ، في « ذكر المعراج وفرض الصلوات » (١٤٣/١) ، من القسم الأول . وجاء في حديث أم هانىء : أنه أسري من بيتها ، أخرجه ابن هشام مطولًا ، في السيرة النبوية ، في « ذكر الإسراء والمعراج » (٤٠٢/١) ، وعزاه الحافظ ابن كثير إلى أبي يعلى في مسنده والطبراني ، في تفسير القرآن العظيم ، في « سورة الإسراء » (٢٢/٣) . وفي رواية أخري عن أم هانئ : «أنه أسرى من شِعْب أبي طالب ، أخرجها ابن سعد في الطبقات ، في « ذكر ليلة أسري برسول الله ﷺ إلى بيت المقدس » (١٤٣/١) من القسم الأول . وفي حديث أنس بن مالك المتفق عليه : « أنه أسري من المسجد الحرام » ، أخرجه البخاري مطولًا ، في الصحيح ، « كتاب التوحيد » ، « باب قوله : وكلم الله موسي تكليمًا » (٣٠٠/٤ – ٣٠٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الإيمان » ، « باب الإسراء » (٨٣/١) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٢٨ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٧) في (ص) : [برع] بدون نقط ، مكان : [شرع] ، والصواب : [الشرع] ، وفي العبارة تصحيف ؛ لأن العبارة بألفاظها لا يستقيم معناها ، ولذا غيرنا استعمل إلى استعمال ، وزدنا [فيه] .

(٨) في (ع) : [بظلم بإلحاد] بالتقديم والتأخير ، وهو خطأ ، الآية (٢٥) من سورة الحج .

يتعلق بالحرم ولا يختص بالمسجد .

١٢٨٩٠ - ويدل عليه : ما روي « أن عمر بن الخطاب ﷺ كان يضرب أهل مكة حتى لا يغلقوا بيوتهم ليلًا مخافة أن يطرقهم الغريب » [١] ؛ فلو كانت ملكًا لهم لم يمنعهم من إغلاقها [ولأننا نوجب على المحرم أن] [٢] يضمن صيدها بالجزاء ، ولا يجوز الإحرام بالعمرة منها ، ولا يجوز الدخول إليها مع إرادة النسك : الإحرام [٣] ، فصار كموضع السعي والصفا والمروة .

١٢٨٩١ - ولأنها بقعة من الحرم ؛ فلم يجز بيعها ، كالصفا ، ومواضع الجمار ومنى .

١٢٨٩٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ﴾ [٤] الآية ، فأضاف الديار إليهم ، وإنما أخرجوا من مكة ، فثبت أنها كانت ملكًا لهم ؛ لأنها إضافة ما يملك إلى من يملك ، ولأن [٥] التمليك يقتضي حقيقة الملك .

١٢٨٩٣ - الجواب : أنا لا نسلم أنه أضاف ما يصح أن يملك ، وإنما هو كقوله : أوقف لفلان .

١٢٨٩٤ - ولأنه أضافه إليهم إضافة سُكنى وتخصيص ، كما قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ [٦] ، فأضاف بيوت النبي إلى نسائه .

١٢٨٩٥ - قالوا : لو قال [٧] هذه الدار لزيد ، وقال : أردت أن له [٨] سكناها ، لم يقبل قوله ؛ لأنه أضاف إضافة تقتضي [٩] التخصيص . وإن لم يرد الملك فلابد من

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب الحج » ، « باب الكراء في الحرم » (١٤٦/٥ ، ١٤٧) ، الحديث (٩٢١٠) ، وابن أبي شيبة مختصرًا في المصنف « كتاب الحج » ، في « من كان يكره كراء بيوت مكة وما جاء في ذلك » (٤١٨/٤) ، الأثر (٧) ، وأخرجه الأزرقي في أخبار مكة ، (١٦٣/٢ ، ١٦٤) .

(٢) إغلاقها : بدلا من الأقراء فيها ، كما جاء في جميع النسخ [ولأننا نبعه] ، بدون نقط في النسخ كلها كذلك ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، ويبدو أن العبارة مصحفة ، أو فيها سقط ؛ لأن المعنى غير مستقيم .

(٣) في جميع النسخ : [الإحرام] ، الصواب إسقاطه ، أو إضافة الواو ، أو الباء قبله .

(٤) سورة الحشر : الآية ٨ .

(٥) في جميع النسخ : [فلا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٣٣ .

(٧) في (م) ، (ع) ، وصلب (ص) : [كان] ، مكان : [قال] ، وما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٨) في (م) ، (ع) : [لو كان له] ، مكان : [إن له] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أضاف إليها إضافة] ، بزيادة : [إليه] وفي (م) : [يقتضي] .

السكني واليد ، وإذا أثبت له اليد كان القول قولَ المقرِّ له في الملك .

١٢٨٩٦ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال يوم الفتح : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن » [١] .

١٢٨٩٧ - قالوا : روى أسامة بن زيد الليثي : « أن النبي ﷺ دخل مكة يوم الفتح ، قيل له : ألا تنزل في دارك ؟ ، قال : وهل ترك لنا عقيل من رباع ، لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر » [٢] .

١٢٨٩٨ - وفيه أدلة ثلاثة ، أحدها : أنهم أضافوا إليه [٣] داره ، والثاني : أن أبا طالب كان كافرًا وخلف عقيلًا ، وطالبًا ، وعليا ، وجعفرًا ، وبنتين ، فورثه [٤] ولداه الكافران ، فلم يبق لعليٍّ ولا لجعفر شيء [٥] . [والثالث أنه] [٦] كانت العادة أن الملك لا يورث طالما كان مشغولًا .

١٢٨٩٩ - « وهل ترك عقيل لنا [٧] من رباع ؟ » يعني : باعها كلها ، فثبت أن بيعها جائز .

١٢٩٠٠ - الجواب : عن هذه الأخبار من وجهين ، الجواب الأول : أن الإضافة اختصاص وتصرف وسكنى .

١٢٩٠١ - والثاني : قال أصحابنا : كانت مملوكة ، فجرى بيعها بعد الفتح ،

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب الجهاد والسير » ، « باب فتح مكة » (١٤٠٨/٣) ، الحديث (١٧٨٠/٨٦) ، وأحمد في المسند (٢٩٢/٢ ، ٥٣٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الخراج والفيء والإمارة » ، « وباب ما جاء في خبر مكة » (١٥٩/٢ ، ١٦٠) .

(٢) أخرجه البخاري باختلاف يسير في الصحيح « كتاب المغازي » ، « باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح » (٦١/٣) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٢/٣) ، الحديث (٢٣٧) ، ومسلم بمعناه في الصحيح « كتاب الحج » ، « باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها » (٩٨٤/٢) ، الحديث (١٣٥١/٤٣٩) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع أرض مكة وإجارتها » (٤٩/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، الباب السابق (٣٤/٦) .

(٣) في (ص) وغيرها : [لما أضافوا إليهم] ، مكان : [إليه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) : [فورثاه] .

(٥) في سائر النسخ : [شيئًا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة ، بدل : [أو] ، وقد أثبتنا [طالما كان مشغولًا] بدل [طالبا لشغوله] ليستقيم المعنى المستفاد من السياق ، في (ص) : [لسغوله] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في جميع النسخ : هكذا بالتقديم والتأخير ، خلاف ما تقدم ، وكان يستحسن أن يزيد : [وقوله] قبل : [وهل] ، حتى يعدل المعنى .

فالإضافة في تلك الحال كانت صحيحة .

١٢٩٠٢ - قالوا : لم يزل الناس يتبايعون [١] منازل مكة فيؤاجرونها ، فصار ذلك إجماعا .

١٢٩٠٣ - قلنا : لا يعتبر فعل الناس إذا أنكره العلماء ، وقد كان عبد الله بن عمر ينكر ذلك [٢] ، وقد بينا أنها كانت تدعي [٣] على عهد الأئمة السوائب .

١٢٩٠٤ - وقال مجاهد : مكة مناخ ، لا يحل بيع رباعها ، ولا إجارة بيوتها [٤] .

١٢٩٠٥ - وكان عطاء بن أبي رباح يكره [القول بأن] [٥] فيها ما يمنع من بيعها ، فوجب أن يجوز بيعها ، كسائر الدنيا .

١٢٩٠٦ - قلنا : لا نسلم أن فيها حدثًا [٦] يمنع البيع .

١٢٩٠٧ - ولأن سائر البقاع لا يجب على جميع [٧] الناس قصدها ، فلم يجز أن ينفرد بها بعضهم ، كمواضع السعي .

١٢٩٠٨ - وكما قالوا : أحد الحرمين ، فوجب أن يكون منه ما يجوز بيعه ، [كالمدينة .

١٢٩٠٩ - قلنا : المدينة بلدة يجوز دخولها بغير إحرام ، فكان فيها ما يجوز بيعه] [٨] ، ومكة بخلافه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يبايعون] .

(٢) لم نعثر على أثر عبد الله بن عمر بعد . وقد أخرجه عن عبد الله بن عمرو عبد الرزاق في المصنف « كتاب الحج » ، « باب الكراء في الحرم » (١٤٨/٥) ، الأثر (٩٢١٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤١٨/٤) ، الأثر (٦) ، والأزرقي بهذا الإسناد (١٦٣/٢) . (٣) في (م) : [يُدعى] .

(٤) أخرجه الطحاوي في المعاني (٤٩/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٧/٥) ، الأثر (٩٢١١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤١٨/٤) ، الأثر (٢) ، وأخرجه الأزرقي (١٦٣/٢) .

(٥) يبدو أن عبارةً سقطتْ من مكان النقط ، ولعلها أن تكون ما أثبتناه بين القوسين : [ليس] . وأثر عطاء : أخرجه ابن أبي شيبة ، الأثر (٣) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٦/٤) ، الأثر (٩٢١٠) .

(٦) في (ص) بعد : [لا تسلم] بياض ، ولفظ : [حدثا] غير واضح ، وفي (م) ، (ع) : [لا نسلم أنه ... فيها حدثا] ، مكان المثبت .

(٧) في (ص) : [سائر] ، مكان : [جميع] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٥٤

بيع لبن الآدمية

١٢٩١٠ - قال أصحابنا : لا يجوز بيع لبن الآدمية [١] .

١٢٩١١ - وقال الشافعي : جائز [٢] .

١٢٩١٢ - لنا : أن الصحابة قضوا في ولد المغرور بالقيمة ، ولم يوجبوا عليه قيمة لبنها ، فلو كان مقومًا يجوز بيعه أوجبوا [٣] ضمانه .

١٢٩١٣ - ولا يقال : يجوز أن تكون لم ترضع [٤] الصبي ؛ لأنه كان يجب أن يبينوا ذلك ويسألوا عنه .

ولأنه ليس في العادة أن المرأة تربي [٥] ولدها ولا ترضعه .

١٢٩١٤ - فإن قيل : إذا لم يأمرها بالرضاع لم يضمن [٦] .

١٢٩١٥ - قلنا : اللبن غير مقوم عندكم ، فإذا تلفت في يد الغاصب ضمنها ، وإن لم يكن له [٧] في تلفها صنع .

١٢٩١٦ - ولأنه لبن آدمية ، فلم يجز بيعه ، كما لو انفصل بعد موتها .

---

(١) راجع : طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٢٤ - ٣٢٦ ، مسألة (١٣٥) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٥/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، « كتاب البيوع » ، « باب البيع الفاسد » (٤٢٣/٦) ، إيثار الإنصاف « كتاب البيوع » (ص) ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

(٢) قال النووي : « بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهة فيه ، هذا هو المذهب ، وقطع به الأصحاب إلا الماوردي ، والشاشي ، والروياني ، فحكوا وجهًا شاذًا عن أبي القاسم الأنماطي من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه ، وإنما يربي به الصغير للحاجة ، وهذا الوجه غلط من قائله » . راجع : حلية العلماء « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٦٧/٤ ، ٦٨) ، المجموع مع المهذب « كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٢٥٤/٩) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » الباب الأول : « في الأعيان المحرمة » (١٣٨/٢) ، الإفصاح « كتاب البيوع » « باب الربا » (٣٣٥/١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيوع » « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٥/٢) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (٢٨٨/٤) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧٦/٤-٢٧٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أو جزاء] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يرضع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ترمي] ، مكان : [تربي] .

(٦) في (ص) : [لم نضمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [به] ، مكان : [له] .

١٢٩١٧ - فإن قيل : ذلك لا يجوز الانتفاع به لم نسلم ؛ لأن اللبن لا ينجس بالموت عندنا (١) .

ولأن كل ما لو انفصل بعد موت الحيوان لم يجز إذا انقضى حال حياته ، كاللحم والشعر ، وعكسه : الشاة على أصلنا .

١٢٩١٨ - ولأنه ليس بلبن (٢) محرم لا يؤكل ، كلبن الحمارة .

١٢٩١٩ - ولأنه مائع متولد للآدمي ولا سبب يوجب التحريم المؤبد (٣) ، كالمني .

١٢٩٢٠ - فإن قيل : المعنى في ذلك في المنى أنه لا يجوز الانتفاع به واللبن بخلافه .

١٢٩٢١ - قلنا : جواز الانتفاع يستدل به على جواز البيع ؛ بدلالة : الماء في الأنهار والأدوية ، وينتفع بالخبز .

١٢٩٢٢ - وعلى أصلنا : النحل ودود القز ، وعلى أصلهم : الكلب .

١٢٩٢٣ - ولأنه لا يجوز بيع لحمها ، فلم يجز بيع لبنها ، كالفهد ، وهذا علي إحدى (٤) الروايتين ، فإن لحم ما لا يؤكل لحمه لا يجوز بيعه .

١٢٩٢٤ - ودليل محمد بن الحسن : أن لبن الآدمية لو جاز بيعه لم يجز عقد الإجارة على استدامته ، كلبن الشاة ، ولهذا لم يجز استئجاره (٥) بالثمن بالإجارة .

١٢٩٢٥ - وطرد العلة على أصلنا : المنافع لما جاز استحقاق استهلاكها بعقد الإجارة لم يجز بيعها (٦) .

١٢٩٢٦ - فإن قيل : عقد الإجارة يقع على اللبن الذي في الضرع ، وذلك لا يجوز بيعه ، وإنما يجوز بيع اللبن المنفصل ، وذلك لا تتناوله الإجارة .

١٢٩٢٧ - قلنا : لو جاز بيعه إذا انفصل لم تجز الإجارة (٧) على استهلاكه ما دام في الضرع ، كلبن الشاة ؛ ثم هذا ليس بصحيح ، فإن الآدمية إذا استؤجرت على رضاع

---

(١) في (م) ، (ع) : [عندنا لا ينجس بالموت] .

(٢) في سائر النسخ : [حيوان] ، الصواب ما أثبتناه من هامش (ص) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مؤبد] ، بدون الألف واللام .

(٤) في (ص) : [أحد] .

(٥) في (ص) : [استحاه] ، مكان : [استئجاره] .

(٦) قاعدة : « المنافع لما جاز استحقاق استهلاكها بعقد الإجارة لم يجز بيعها » .

(٧) في (م) ، (ع) : [الإجارة علي إجارة] ، بزيادة : [علي إجارة] .

الصبي ، وما يسقيه مما انفصل من لبنها قبل الإجارة استحقت الأجرة ، ولو لم يتناول العقد اللبن المنفصل لم تستحق الأجرة ، كما لو سقته لبن شاة .

١٢٩٢٨ - فإن قيل : استحق إتلافها بعقد الإجارة ، ويجوز بيعها .

١٢٩٢٩ - قلنا : العقد على الصبغ [1] عندنا عقد إجارة على العمل وبيع الصبغ ، وقد كان القياس يمنع جوازه ، وإنما أجزناه لتعامل الناس عليه في سائر الأعصار .

١٢٩٣٠ - يبين [2] الفرق بينهما : أن الصبغ لابد أن يكون معلومًا ، فيقول : اصبغه : بعضه عصفرًا وبعضه كذا ، فيكون العصفر على مقدار الصبغ ، وفي الرضاع يجوز وإن لم يبين مقدار اللبن ، ولا يبين صفة يصير بها معلومًا .

١٢٩٣١ - فإن قيل : إذا استأجر أرضًا أو رحى [3] استحق الماء ، وكذلك إذا استأجر دالية استحق بها النهر [4] ومع ذلك يجوز بيع الماء .

١٢٩٣٢ - قلنا : إنما جاز ذلك لأن العقد [5] يقع / على المنافع ، والماء تبع ، كذلك ههنا يقع على الحضانة ، ويستحق عليها اللبن ، كما لو استأجر أرضًا استحق الماء وإن لم يسمه . ١٥١/أ

١٢٩٣٣ - على أن العقد يقع على الأرض عندنا دون الماء ؛ بدلالة : أنه لو استأجر الأرض التي تشرب بماء السماء لا يجوز أن يكون ماء السماء معقودًا عليه . وكيف يستحق الماء بالعقد وليس المؤجر أولى به من المستأجر .

١٢٩٣٤ - يبين [6] ذلك : أن المستأجر لو مُنِع من الانتفاع بالأرض ، فسار الماء إلى أرض له أخرى لم يجب عليه شيء ، ولو منع الشرب الماء [7] لم يستحق بالعقد ، وبمثله

---

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] ، مكان : [الصبغ] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يسلم] .

(٣) في جميع النسخ : [رحى] .
الرحى : هي الطاحون ، والطاحونة والطحانة : التي تدور بالماء . راجع : في المغرب ، « الطاء مع الحاء المهملة » ص٢٨٨ ، وفي لسان العرب ، مادة : « طحن » (٢٦٤٥/٤) ، المصباح المنير ، « الراء والحاء وما يثلثهما » (٢١٠/١) .

(٤) دالية مكان لفظ : [دلوا] ، وهو ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [دارا] ، مكان : [دلوا] ، و [المهر] ، مكان : [النهر] .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) في جميع النسخ : [هكذا] ، لعل الصواب : [شرب الماء] ، أو : [الشرب فالماء] .

لو استأجر امرأة لترضع صبيًا فأرضعته لبن امرأة أخرى لم تستحق (١) الأجرة ، فثبت أن العقد تناول عين اللبن ، ولم يتناول الماء .

١٢٩٣٥ - ولأنه منفصل عن (٢) الآدمي لا حياة فيه ، كالدم .

١٢٩٣٦ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ (٣) .

١٢٩٣٧ - قلنا : البيع ما وقع على مبيع مقوم ، بدليل : أنه لو قال : بعتك الهواء لم يكن بيعًا ، ونحن لا نسلم أن لبن الآدمية مقوم .

١٢٩٣٨ - وقولهم : أن يقول : باع الحر ، فلأنهم يغلطون فيصورون ما ليس بمقوم مقومًا ويسمونه بيعًا كذلك (٤) .

١٢٩٣٩ - قالوا : لبنٌ طاهر جاز بيعه ، كلبن الشاة ، وربما قالوا : لبن يحل شربه من غير حال الضرورة ، وربما قالوا : مائع للشرب ؛ فجاز بيعه ، كسائر الأشربة .

١٢٩٤٠ - الجواب : أن العبارة الأولى تبطل بتحريم صيد الحرم ، والمعنى فيما ذكر ، أنه قال : لا يستحق بعقد الإجارة استهلاكه ، ولما كان هذا اللبن يستحق (٥) بعقد الإجارة استهلاكه لم ينعقد البيع عليه .

١٢٩٤١ - قالوا : طاهر منتفع به ، وليس في بيعه إسقاط حق الآدمي ، فوجب أن يصح بيعه . أصله : سائر الأموال .

١٢٩٤٢ - قلنا : نقلب فنقول : فلا يجتمع استحقاقها بالبيع ، واستحقاق استهلاكها بعقد الإجارة ، أصله : سائر الأموال .

* * *

---

(١) لفظ : [أخرى] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [لم يستحق] .

(٢) في (ص) : [من] .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

(٤) في (ص) : [لذاك] .

(٥) في (م) : [مستحق] ، وفي (ع) : [مستحقًا] .


مسألة ٦٥٥

بيع الزيت النجس

١٢٩٤٣ - قال أصحابنا: يجوز بيع الزيت النجس .

١٢٩٤٤ - قال الحسن عن أبي حنيفة : وكذلك العسل الذائب والخل ، وكذلك ما يؤكل [١] .

١٢٩٤٥ - وقال الشافعي : لا يجوز بيعه ولا هبته ، ولكن يستحقه الموهوب له . وفي الماء النجس وجهان ، وهل يطهر بالغسل ، قالوا : فيه وجهان [٢] .

١٢٩٤٦ - لنا : ما روى معمر ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة ﷺ « أن النبي ﷺ سُئل عن فأرة وقعت في سمن ؟ ، قال : إن كان جامدًا فخذوها وما حولها وألقوه ، وإن كان ذائبًا أو مائعًا فاستصبحوا به ، أو قال : فانتفعوا به » [٣] ، والانتفاع عام في البيع وغيره .

١٢٩٤٧ - وروى الزهري ، عن سالم ، عن ابن عمر أنه أخبره : « أنه كان عند النبي ﷺ حيث [٤] سأله رجل عن فأرة وقعت في ودك [٥] لهم ، قال : أجامد ؟ قال : نعم ،

---

(١) راجع : أحكام القرآن للجصاص « باب الفأرة تموت في السمن » (١١٨/١) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٤/٥) ، الجوهر النقي « باب تحريم بيع ما يكون نجسًا لا يحل أكله » ، بذيل السنن الكبرى للبيهقي (١٣/٦ ، ١٤) ، البناية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٢٢٦/١١) .

(٢) راجع : معالم السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب الفأرة تقع في السمن » (٢٥٨/٤) ، المهذب مع المجموع « كتاب الأطعمة » (٣٨/٩ ، ٢٣٥ ، ٢٣٨) ، حلية العلماء (٦١/٤ - ٦٣) ، شرح السنة « كتاب الصيد » ، « باب الفأرة تموت في السمن » (٢٥٨/١١) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، « الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع » (١٣٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الأول في أركان البيع » ص٢٤٩ ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (١٦/٥) ، المسائل الفقهية « كتاب الصيد والذبائح والأطعمة » (٢٤/٣) ، المسألة (١٥) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (٣١٨/١) ، المغني « كتاب الصيد والذبائح » (٦٠٨/٨ - ٦١٠) ، الكافي لابن قدامة ، (٩/٢) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٨١/٤ ، ٢٨٢) .

(٣) قوله : [أو قال : فانتفعوا به] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [حين] ، مكان : [حيث] .

(٥) الودك : هو دسم اللحم ودُهنه الذي يستخرج منه . راجع : النهاية « باب الواو مع الدال » (١٦٩/٥) ، المغرب (ص) ٤٧٩ ، المصباح المنير مادة : [ودك] (٦٢٥/٢) .

قال : اطرحوها واطرحوا ما حولها ، وكلوا ودككم ، قالوا : فإن كان مائعًا ؟ قال : فانتفعوا به ولا تأكلوا » (١) .

١٢٩٤٨ - ذكر الخبر الأول الطحاوي ، والثاني أبو بكر الرازي في أحكام القرآن ، والانتفاع عام في البيع وغيره .

١٢٩٤٩ - وذكر الطحاوي ، عن عليٍّ ﷺ قال : « ينتفع بالسراج » (٢) .

١٢٩٥٠ - وذكر مسروق ، عن ابن مسعود ﷺ في فأرة وقعت في سمن قال : « إن كان ذائبًا استُصْبِحَ به » (٣) .

١٢٩٥١ - وذكر نافع ، عن ابن عمر ﷺ « أنه (٤) أمرهم أن يستصبحوا به ويُدَّهَنَ به الجلود » (٥) .

١٢٩٥٢ - وذكر ابن سيرين : « أنهم أُتوا سويقًا فوجدوا فيه وزغة ميتة ، فقال أبو موسى : لا تأكلوه وبيعوه ، ولا تبيعوه من المسلمين ، وبينوا لمن تبيعونه منه » (٦) ، فأجاز أبو موسى بيعه ، ولم يحك عن أحد من الصحابة خلافه .

ولأن ما جاز الاستصباح به جاز بيعه ، كالطاهر .

١٢٩٥٣ - ولأنه مائع يجوز بيعه قبل مخالطة النجاسة ؛ فجاز بيعه بعدها ، كالقلتين من الماء .

١٢٩٥٤ - ولا يلزم : النجاسة إذا غلبت ؛ لأن ظاهر الكتاب [يقتضي] (٧) جواز

---

(١) أخرجه أبو بكر الرازي ، في أحكام القرآن « باب الفأرة تموت في السمن » (١١٨/١) ، والدارقطني في السنن « باب الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك » (٢٩١/٤) ، الحديث (٨٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضحايا » ، « باب من أباح الاستصباح به » (٣٥٤/٩) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الأطعمة » ، في « ما قالوا في الفأرة تقع في السمن » (٥٥١/٥) ، الأثر (٩) ، والدارقطني في السنن « باب الصيد والذبائح » (٢٩٢/٤) ، الأثر (٨٢) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الأطعمة » ، في « ما قالوا في الفأرة تقع في السمن » (٥٥١/٥) ، الأثر (٩) ، والدارقطني في السنن « باب الصيد والذبائح » (٢٩٢/٤) ، الأثر (٨٢) .

(٤) في (ع) : [ذكر نافع] ، بدون الواو ، ولفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش.

(٥) أخرجه البيهقي ، الأثر (٦) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٥٠/٥) ، الأثر (٤) ، وذكره ابن قدامة في المغني « كتاب الصيد والذبائح » (٦١٠/٨) .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

بيعه ، وكان أبو بكر الرازي يقول : لا يجوز بيعه ، فعلى قوله التعليل للجواز ؛ ولأنها نجاسة عين طرأت على عين ، [فلا يمنع جواز البيع ، كالزيت النجس .

١٢٩٥٥ - ولأن الدهن يَطْهُرْ بالغسل ؛ والدليل عليه : أنها نجاسة عين طرأت على عين] (١) يتأتى فيها الغسل ، فجاز أن تطهر ، كالثوب .

١٢٩٥٦ - احتجوا : بما روي عن ابن عباس ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « قاتل الله اليهود ، حرمت عليهم الشحوم فباعوا وأكلوا ثمنها ، وإن الله إذا حرم [على قوم] أكل شيء حرم عليهم ثمنه » (٢) .

١٢٩٥٧ - والجواب (٣) : أن المحرم ليس هذا السمن ، وإنما هو النجاسة ، والسمن غير النجس لم يحرم أكله ، وأما النجاسة فلا ، وهكذا لو باع ثوبًا نجسًا أو دارًا فيها نجاسة أن الثمن لم ينجس .

١٢٩٥٨ - قالوا : روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال في - الفأرة تقع في السمن- : « إن كان جامدًا فألقوها وما حولها ، وإن كان مائعًا فأريقوه » (٤) .

١٢٩٥٩ - قالوا : ولو كان مالا لم يأمر بإلقائه (٥) ؛ لأنه لا يجوز إضاعة المال .

١٢٩٦٠ - قلنا : معنى قوله : « وألقوه « أي : لا تأكلوه ؛ بدلالة : أنه ذكر في الخبر الانتفاع به ، وبدلالة : أنه لا يجب تضييعه (٦) بالإجماع .

١٢٩٦١ - قالوا : مائع نجس ، فوجب أن لا يجوز بيعه ، كالخمر .

١٢٩٦٢ - قلنا : الخمر محرمة العين ولهذا لا يجوز الانتفاع بها ، وليس كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) الزيادة من سنن أبي داود ، وفي (م) : [كل شيء] ، وفي (ع) : [عليهم شيئًا] ، مكان : [أكل شيء] ، ولفظ : [عليهم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال] ، مكان : [والجواب] ، والزيادة سهو من النساخ .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب في الفأرة تقع في السمن » (٣٥٧/٢ ، ٣٥٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضحايا » ، « باب السمن أو الزيت تموت فيه فأرة » (٣٥٣/٩) ، والنسائي في المجتبي « كتاب الفرع والعتيرة » ، « باب الفأرة تقع في السمن » (١٧٨//٧) .

(٥) في (ص) : [بإيراقه] ، المثبت من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٦) في (ص) : [تصيعه] .

السمن ؛ لأنها نجاسة مخالطة ، وهذا يجوز الانتفاع بعينه ، فصار كالثوب النجس .

١٢٩٦٣ - فإن قيل : الخمر ينتفع بها ، يطفأ بها الحريق ، والميتة تطعم البزاة [١] والكلاب ، والعذرة [تربى] [٢] بها الأرض ، والدم يطرح في أصول الشجر ، فأمَّا الاستصباح بالدهن فهو إتلاف ، وليس بانتفاع .

١٢٩٦٤ - قلنا : جواز الانتفاع بعين النجاسة محرم بالضرورة . روى عطاء ، عن جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال - عام الفتح - : « إن الله تعالى حرم بيع الخمر [والأصنام] [٣] والميتة والخنزير ، فقال بعض المسلمين : كيف ترى في شحوم الميتة يدهن بها [٤] السفن والجلود ويستصبح بها الناس ، فقال : هو حرام ، قاتل الله اليهود لما حرم عليهم الشحوم جملوه فباعوه فأكلوا ثمنه » [٥] .

١٢٩٦٥ - فلما أباح الاستصباح بالسمن وحرم الانتفاع بكل [٦] الميتة ، دل على الفرق بينهما في جواز الانتفاع ، فإذا أضاف الكلام لمخالفنا حتى أجراهم [٧] إلى التسوية بين أمرين خير النص [٨] بينهما ، لم يعتد بقولهم في مخالفة النص .

١٢٩٦٦ - وأما قولهم [٩] : إن الاستصباح إتلاف ، كالمنفعة [١٠] المقصودة من

---

(١) البزاة : جمع البازي ، ضرب من الصقور ، يعني : الطيور الجارحة ، آكلة الجيف . راجع : المصباح المنير « الباء مع الزاى وما يثلثهما » (٤٨/١) المعجم الوسيط (٥٥/١) .

(٢) في الأصل : [تر] والصواب ما أثبتناه .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [به] .

(٥) أخرجه البخاري باختلاف يسير ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الميتة والأصنام » (٢٩/٢) ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » (١٢٠٧/٣) ، الحديث (١٥٨١/٧١) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في ثمن الخمر والميتة » (٢٧٤/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام » (٥٨٢/٣) ، الحديث (١٢٩٧) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « بيع الخنزير » (٣٠٩/٧ ، ٣١٠) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب ما لا يحل بيعه » (٧٣٢/٢) ، الحديث (٢١٦٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وأكل] ، مكان : [بكل] .

(٧) في (ص) ، (م) : [أحراهم] ، بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ص) : [حبر النص] بدون نقط ، وفي (م) ، (ع) : [خبر ونص] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) لفظ : [قولهم] ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كالنفقة] ، وفي (ص) كما أثبتناه بدون نقط .

الشيء إذا كانت تقع [1] بإتلاف ، فذلك انتفاع ، كاستعمال البخور ، وأكل الطعام .

١٢٩٦٧ - قالوا : مائع [2] لا يحل شربه ، فوجب أن لا يجوز بيعه ، كاللبن .

١٢٩٦٨ - قلنا : لا نسلم [3] فإن اللبن النجس بالمجاورة يجوز بيعه على ما قدمنا من الرواية .

* * *

(١) في (م) : [يقع] .

(٢) في (ع) : [مسألة قالوا] ، بزيادة : [مسألة] ، وفي (ص) : [كمائع] ، بزيادة الكاف .

(٣) في جميع النسخ : [نسلم] ، وتصويبه : بزيادة : [لا] ، أي : [لا نسلم] .

مسألة ٦٥٦

التفريق بين ذوي الأرحام من المماليك في البيع

١٢٩٦٩ - قال أصحابنا : لا يجوز التفريق بين المملوكين إذا كان أحدهما ذا رحم من الآخر حتى يبلغا [١] .

١٢٩٧٠ - وهو قول الشافعي في « البيوع » ، وقال في « سير الواقدي » : إن زاد على سبع سنين جاز بيعه [٢] .

١٢٩٧١ - لنا : حديث عبادة بن الصامت ﷺ قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها ، فقيل [٣] : يا رسول الله إلى متى ؟ فقال : حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » [٤] ، ذكره الدارقطني .

١٢٩٧٢ - ولأنه ولد يكمل بالبلوغ ؛ فلم يجز إفراده من أمه المملوكة بالبيع ؛ أصله : من له ست سنين .

١٢٩٧٣ - ولأنه لا يتوجه عليه الخطاب لصغره ، فلا يفرق بينه وبين والدته بالبيع أصله : الطفل .

١٢٩٧٤ - احتجوا : بما روي أن عمر ﷺ كاتب امرأة بولد غير ولدها الصغير [٥] .

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٥ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها » (٢٢٨/٥ ، ٢٢٩) ، الهداية مع فتح القدير « كتاب البيوع » ، « باب البيع الفاسد » ، « فصل فيما يكره » (٤٧٩/٦ - ٤٨٢) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين » . راجع : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » ، « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٣٦٠/٩ - ٣٦٣) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (١٢٢/٤ ، ١٢٣) ، المدونة ، « كتاب التجارات بأرض العدو » ، « في التفرقة بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٣/٣) ، بداية المجتهد « الباب الخامس في البيوع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغبن » (١٨٢/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص٢٦٢ ، الإفصاح « كتاب البيوع » ، « باب بيع المرابحة » (٣٥٥/١) ، الكافي لابن قدامة ، « كتاب البيع » ، « فصل : ولا يجوز أن يفرق في البيع إلخ » (٢٠/٢) ، المغني « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغير ذلك » (٢٩٤/٤) .

(٣) في جميع النسخ : [فقال] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٨/٣) ، الحديث (٢٥٨) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٥/٢) .

(٥) في (ص) : [بولد امرأة] بالتقديم والتأخير .

١٢٩٧٥ – قالوا : إذا تجاوز سبع سنين فليس بصغير .

١٢٩٧٦ – قلنا : الصغير اسم لمن لا يبلغ .

١٢٩٧٧ – ولأنا روينا عن النبي ﷺ اعتبارَ البلوغ مُبَيَّنًا ، فكان أولى من المحتمل .

* * *

مسألة ٦٥٧

حكم البيع في عقد فرق فيه بين الأم وولدها

١٢٩٧٨ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا فرق بين الأم وولدها حرم [(١)] ذلك عليه ، ويصح البيع .

١٢٩٧٩ - وقال أبو يوسف : البيع فاسد [(٢)] ، وبه قال الشافعي [(٣)] .

١٢٩٨٠ - لنا « قوله ﷺ : « من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » [(٤)] .

١٢٩٨١ - ولأن كل شخصين جاز الجمع [(٥)] بينهما في العقد ، فالتفريق بينهما لا يمنع صحة البيع ، كالأخوين .

١٢٩٨٢ - ولأنه عقد ، فلا يَمْنَعُ التفريقُ بين [(٦)] الوالدة وولدها فيه صِحَّتَهُ . أصله : الرهن .

١٢٩٨٣ - ولأن كل معنى لا يمنع التفريقُ بين الأخوين صِحَّتَه [(٧)] لا يمنع التفريق بين الوالدة وولدها صحته كذلك . أصله : الرد بالعيب ، والبيع للجناية .

١٢٩٨٤ - ولأن كل شخصين جاز التفريق بينهما في الفسخ جاز في البيع كالأخوين .

---

(١) في (ع) : [حرام] .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ص٨٥ ، بدائع الصنائع : « فصل : وأما صفة البيع الذي يحصل به التفريق » (٢٣٢/٥) ، الهداية مع فتح القدير (٤٨٣/٦) .

(٣) قال الشيرازي : « وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع ؛ لأنه تفريق محرم في البيع فأفسد البيع » . راجع : المهذب مع المجموع (٣٦٠/٩ ، ٣٦١) ، حلية العلماء (١٢٣/٤) ، المدونة ، في « الجمع بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٤/٣) ، بداية المجتهد (١٨٢/٢) ، الإفصاح (٣٥٦/١) ، الكافي لابن قدامه (٢٠/٢) ، المغني « فصل : فإن فرق بينهما قبل البلوغ » (٢٩٤/٤ ، ٢٩٥) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) .

(٥) في (ص) : [البيع] ، مكان : [الجمع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يمنع التفريق من] ، مكان المثبت .

(٧) في (ع) : [يمنع] ، مكان : [لا يمنع] ، وفي (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] ولفظ : [صحته] ساقط من (ع) .

١٢٩٨٥ - فإن صحة الوصف عندنا أنه يجوز أن يرد أحدهما بالعيب بعد القبض . وعند الشافعي : إذا ولدت الجارية المبيعة في يد [1] المشتري ووجد بها عيبًا يردها دون الولد .

١٢٩٨٦ - ولأنهما شخصان ثبت لهما الحضانة فالتفريق بينهما بالبيع لا يمنع صحته ، كالأخوين .

١٢٩٨٧ - ولأنه لا يجوز أن يجب بيع أحد الشخصين حكمًا فجاز أن يجوز البيع باختيار العاقد ، كأحد الأخوين . وعكسه : أم الولد لما لم يجب بيعها حكمًا لم يجب قصدًا .

١٢٩٨٨ - احتجوا : بحديث أبي أيوب الأنصاري ﷺ قال : سمعت النبي ﷺ يقول : « من فرق بين [2] الوالدة وولدها فرق اللّه بينه وبين أحبته يوم القيامة » [3] .

وروى عمران بن الحصين قال : « ملعون ملعون من فرق بين امرأة وولدها » [4] .

[وروى أبو سعيد الخدْري أن النبي ﷺ قال : « لا تولَّه والدة بولدها »] [5] .

١٢٩٨٩ - قالوا : والنهي يدل على فساد المنهي عنه / . ١٥١/ب

١٢٩٩٠ - الجواب : أنه ﷺ نهى عن التفريق ولم ينه عن بيع أحد الشخصين ، فلم يكن النهي عن العقد .

١٢٩٩١ - ولأن هذا النهي يتعين في غير العقد ، وهو الضرر الذي يلحق العقد عند أذان الجمعة .

١٢٩٩٢ - قالوا : روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن جده : « أن أبا أسد الأنصاري قدم بسبي [6] من البحرين فصفوا ، فقام رسول اللّه ﷺ فنظر إليهم ، فإذا

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في يد] .

(٢) لفظ : [بين] ساقط من (م) .

(٣) أخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع » (٥١١/٣) ، وأحمد في المسند (٤١٣/٥) ، والدارمي في السنن « كتاب السير » ، « باب النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها » (٢٢٧/٢ ، ٢٢٨) والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٧/٣) ، الحديث (٢٥٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٥/٢) ، والقضاعي في مسند الشهاب (٢٨٠/١) ، الحديث (٤٥٦) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٧/٣) ، الحديث (٢٥٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . ولم نعثر على هذا الحديث .

(٦) في (م) : [بشيء] .

امرأة تبكي ، فقال : ما يبكيك ، فقالت : بيع ابني في بني عبس [١] ، فقال رسول الله ﷺ لأبي أسد : « اركب ولتجيئن به كما بعته ، فركب أبو أسد فجاء به » [٢] .

١٢٩٩٣ – هذا يدل على فساد البيع ؛ لأنه أمره بالمجيء به ولم يشترط رضا المشتري .

١٢٩٩٤ – الجواب : أن هذا خبر مرسل ؛ لأن عليَّ بن الحسين [٣] لم يشاهد عصر رسول الله ﷺ .

١٢٩٩٥ – ولأن دعوى امرأة للولد لا يثبت به النسب ، فكيف يجوز أن يفسخ النبي ﷺ البيع [٤] لأجل التفريق والنسب لم يثبت ؟ فعلم أنه قال ذلك على طريق الاستحباب ؛ لأنه يجوز أن تكون صادقة [٥] ، ومتى كان الرد استحبابًا فلابد من رضا المبتاع ، وبيع السبي [٦] إنما يجوز بإذن النبي ﷺ ، وهذا لا يأمر بالتفريق في البيع ؛ لأن ذلك يكره ، فإذا باع بخلاف ما أمر به كان البيع فاسدًا .

١٢٩٩٦ – قالوا : روى أبو داود في سننه : « أن عليَّ بن أبي طالب فرق بين الأم وولدها ، فنهى النبي ﷺ عن ذلك فرد البيع » [٧] ، ولم يذكر رضا المشتري .

١٢٩٩٧ – قلنا : المشهور أنه فرق بين الأخوين ، وقد روي أن النبي ﷺ قال له : « اذهب فاستقل » [٨] ، وهذا يدل على جواز البيع .

١٢٩٩٨ – وقد روى الحكم ، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن علي ﷺ قال :

---

(١) في (م) ، (ع) : [عنز] ، مكان : [عبس] ، وهو تصحيف .

(٢) رواه ابن سحنون في المدونة ، في « الجمع بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٤/٣) ، وعزاه الزيلعي إلي البيهقي في « المعرفة » ، في « كتاب السير » ، عن الحاكم بسنده .

(٣) هو : عليَّ بن الحسين بن عليَّ بن أبي طالب ، المشهور بزين العابدين ، وهو جد جعفر بن محمد ، راوي الحديث السابق ، تابعي ، ثقة ، ولد في ثمان وثلاثين ، وتوفي ﷺ سنة أربع وتسعين ، وقيل : ثلاث وتسعين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٣٤٤ ، ٣٤٥ ، الترجمة (١١٨٠) ، طبقات ابن سعد (١٥٦/٥) ، الجرح والتعديل (١٧٨/٦ ، ١٧٩) ، الترجمة (٩٧٧) ، البداية والنهاية (١٠٣/٩) وما بعدها ، تقريب التهذيب (٣٥/٢) ، الترجمة (٣٢١) ، شذرات الذهب في « سنة أربع وتسعين » (١٠٤/١ ، ١٠٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الفسخ] ، مكان : [البيع] ، وهو خطأ .

(٥) في (م) : [أن يكون صادفه] .

(٦) في (م) : [ولا بيع الشيء] ، مكان : [وبيع السبي] .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب في التفريق بين السبي » (٦٤/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٦/٣) ، الحديث (٢٥١) ، والحاكم في المستدرك ، في « كتاب البيوع » ، وفي « كتاب الجهاد » (٥٥/٢ ، ١٢٥) .

(٨) لم نقف علي هذا الحديث بهذا اللفظ بعد .

« أمرني رسول اللّه ﷺ أن أبيع غلامين فبعتهما وفرقت [١] بينهما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال [٢] : أدركهما ، فارتجعهما ، ولا تفرق بينهما » [٣] .

١٢٩٩٩ – قالوا : كان وكيلًا في بيعهما ، فإذا باع على غير الوجه المأمور به وجب فسخ البيع . على أن قوله : « ارتجعهما » [يدل على فساد البيع] [٤] .

١٣٠٠٠ – قلنا : الوصف غير مسّلم ؛ لأن البيع مكروه ، وليس بمحرم .

١٣٠٠١ – ولأن [النهى عن] [٥] البيع ليس هو لمعنى في المعقود عليه ، وإنما هو للضرر الذي يلحق الصغير بفقد الحضانة .

١٣٠٠٢ – ثم هذا يبطل بمن باع العبد ممن [يضره ويشق عليه في] [٦] الاستخدام ، فإنه محرم لمعني في المعقود عليه ، وهو الضرر الذي يلحق المبيع ، والبيع جائز .

١٣٠٠٣ – والمعنى في الأصل : أن العقد لا يجوز حكمًا ؛ فلا يجوز قصدًا واختيارًا . وبيع أحد العبدين في مسألتنا : يجوز حكمًا ؛ فجاز قصدًا .

١٣٠٠٤ – قالوا : تفريق محرم في البيع ، فوجب أن يمنع صحة البيع أصله : إذا باع الجارية دون حملها .

١٣٠٠٥ – قلنا : هناك ليس المانع من البيع التفريق ؛ بدلالة : أن الجارية الموصي بحملها لا يجوز للوارث بيعها ، وإن كان لا يفرق بالبيع . ولو باعها من الموصي له لم يجز ، وإن كان البيع يؤدي إلى الجمع دون التفريق .

١٣٠٠٦ – والمعنى في الأصل : أنه لا يجوز بيع الجارية دون حملها حكمًا ، فلا يجوز قصدًا ، ولما جاز أن يجب بيع أحد الاثنين [٧] في مسألتنا حكمًا جاز أن يجوز قصدًا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وفرق] . (٢) في (م) ، (ع) : [قال] بدون الفاء .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يفرق بينهما] .

والحديث أخرجه أحمد في المسند (٩٧/١ ، ٩٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٥/٣ ، ٦٦) ، الحديث (٢٤٩) ، وابن الجارود في المنتقي « باب في التجارات » ص١٤٨ ، الحديث (٥٧٥) ، والحاكم في المستدرك في « كتاب البيوع » وفي « كتاب الجهاد » (٥٤/٢ ، ١٢٥) .

(٤) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ : [بيع المجهول] ، توخيا لاستقامة المعنى المستفاد من السياق .

(٥) زيادة ما بين القوسين لاقتضاء السياق .

(٦) ما بين القوسين بدل المثبت في النسخ بلفظ : [يرده ويسبق عليه من] .

(٧) في (م) : [الابنين] وفي (ع) : بدون نقط ، كما أن في (ص) ، بدون نقطة الأولى ، لعل الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٦٥٨

التفريق بين الأخوين ، وذوي الأرحام الصغار

١٣٠٠٧ - قال أصحابنا : لا يجوز التفريق بين الأخوين ، ولا بين ذوي (١) رحم محرم إذا كانا صغيرين ، أو كان أحدهما صغيرًا (٢) .

١٣٠٠٨ - وقال الشافعي : يجوز التفريق إذا لم تكن القرابة بالولادة (٣) .

١٣٠٠٩ - دليلنا : ما روى أبو موسى الأشعري ﷺ قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأخ وأخته ، والوالدة وولدها » (٤) .

١٣٠١٠ - وفي حديثه قال : « لعن رسول (٥) الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها ، وبين الأخ والأخت » (٦) ، ذكرهما الدارقطني ، و ذكره الطحاوي بإسناده .

١٣٠١١ - ويدل عليه : ما روى الحكم بن عتيبة ، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن عليّ بن (٧) أبي طالب قال : « أمرني رسول الله ﷺ أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهما وفرقت بينهما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : أدركهما فارتجعهما ولا تفرق بينهما » (٨) .

وروى عمرو بن دينار ، عن عبد الرحمن بن فروخ ، عن أبيه : « أن عمر بن الخطاب

---

(١) في (ص) : [ذي] .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ص٨٥ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها » (٣٣٠/٥ ، ٣٣١) ، الهداية مع البناية « باب البيع الفاسد » ، « فصل فيما يكره » (٢٨٣/٧ ، ٢٨٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، نفس الباب والفصل (٤٧٩/٦ ، ٤٨٠) .

(٣) راجع : حلية العلماء (١٢٤/٤) ، المجموع (٣٦١/٩ ، ٣٦٢) ، المدونة في « التفرقة بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٣/٣) ، المغني (٢٩٤/٤ ، ٢٩٥) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٧/٣) ، الحديث (٢٥٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، « في التفريق بين الوالد وولده » (٣٣٧/٥) ، الحديث (١٣) .

(٥) لفظ : [رسول] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن التفريق بين السبي » (٧٥٦/٢) ، الحديث (٢٢٥٠) ، والدارقطني في السنن الحديث (٢٥٥) .

(٧) قوله : [عليّ بن] ساقط من (م) ، وفي (ع) : [عيينة] ، مكان : [عتيبة] وهو تصحيف .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٧) .

كتب إليه أن لا يفرق بين الأخوين في البيع » [١] .

فإن قيل : عبد الرحمن بن فروخ وأبوه مجهولان [٢] .

١٣٠١٢ – قلنا : رواية عمرو بن دينار عنه تعديل له . ولأن بينهما [رحمًا كاملًا محرمًا من جهة النسب ، فلم يجز التفريق] بينهما [٣] ، كالوالدة وولدها .

١٣٠١٣ – ولأن كل ما لا يجوز التفريق بين الوالدة وولدها فيه لا يجوز التفريق بين الأخت وأخيها [٤] إذا لم يكن أقرب منها بالحضانة .

١٣٠١٤ – ولأن كل من ثبت له حق الحضانة لا يجوز التفريق بينه وبين الصبي [٥] ، [ومن لم يثبت له هذا الحق يجوز تفريقه عن الصبي] [٦] فوجب أن يكون التفريق بينهما جائزًا أصله : أبناء العم .

١٣٠١٥ – قلنا : جواز البيع لا يدل على زوال الكراهة ، كالبيع عند أذان الجمعة ، وبيع السلاح في أيام الفتنة .

١٣٠١٦ – ولأن ابني العم لم تكمل [٧] قرابتهما ، بدلالة : إباحة المناكحة . ومتى لم يكمل الرحم [ولم يضف] [٨] التحريم إليه ، صار كما لو وجد التحريم من غير رحم وهو الرضاع .

١٣٠١٧ – قالوا : بينهما قرابة لا يتعلق بها رد الشهادة ، ولا يتعلق بها رد القصاص ، ولا يتعلق بها وجوب النفقة مع اختلاف الدينين ، فلا يتعلق بها تحريم التفريق [٩] .

١٣٠١٨ – قلنا : هذا قياس يخالف النص ؛ ولأن هذه [١٠] الأحكام التي ذكروها لم

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٦/٥) ، الأثر (٣) .

(٢) قال ابن حجر : عبد الرحمن بن فروخ العدوي ، مولاهم ، مقبول ، وقال : فروخ ، مولى عثمان ، مقبول . راجع ترجمتهما في : تقريب التهذيب ، الأول : في (٤٩٥/١) ، الترجمة (١٠٧٨) ، والثاني : في (١٠٨/٢) ، الترجمة (١٨) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، ولفظ : « بينهما » ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [وأختها] .

(٥) قاعدة : « كل من ثبت له حق الحضانة لا يجوز التفريق بينه وبين الصبي » .

(٦) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٧) في (م) : [لم يكمل] .

(٨) ما بين القوسين بدل [يضم] المثبت في النسخ كلها .

(٩) في (م) ، (ع) : [التحريم] ، مكان : [التفريق] .

(١٠) لفظ : [هذه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

يمنع [١] انتفاؤها من ثبوت الحضانة : فلذلك لا يمنع من هذا الحكم ؛ لأنه في معني الحضانة ، ولهذا يزول بالبلوغ كما تزول [٢] الحضانة ، ولو كان معتبرًا برد الشهادة وسقوط القصاص لم يرتفع بالبلوغ مع ثبوت يده عليه .

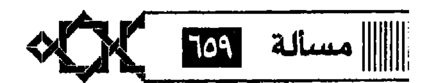
١٣٠١٩ - قالوا : ذكر ابن المنذر عن الليث بن سعد قال : « أدركت الناس وهم يفرقون بين الأخوين في البيع » .

١٣٠٢٠ - قلنا : فعل الناس لا يثبت به مع نهي رسول الله ﷺ ومخالفة الفقهاء لهم .

* * *

(١) في (ع) : [لم يمتنع] .

(٢) في (م) : [يزول] .



مسألة ٦٥٩

اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل في بيع السلم

١٣٠٢١ - قال أصحابنا : لا يصح السلم حتى يكون المسلم فيه موجودًا من حين العقد إلى حين المحل (١) .

١٣٠٢٢ - وقال الشافعي : السلم المؤجل يجوز في المعدوم إذا كان موجودا عند المحل في الغالب (٢) .

١٣٠٢٣ - لنا : ما روى ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحها » (٣) .

---

(١) السلم ، لغة : السلف . قال ابن منظور « السَلَمُ ، بالتحريك : السلف ، واسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد ، والاسم : السَّلَمُ » وقال : « أسلف الرجل في الطعام ، أي : أسلف فيه » . وشرعًا : بيع آجل بعاجل ، قال السمرقندي : « لغةً : عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلًا ، وفي المثمن آجلًا ، يسمي : سلمًا وإسلامًا ، وسلفًا وإسلافًا ، لما فيه من تسليم رأس المال للحال ، وفي عرف الشرع : عبارة عن هذا أيضًا مع زيادة شرائط ورد بها الشرع لم يعرفها أهل اللغة » . راجع : تحفة الفقهاء « باب السلم » (٨/٢) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٥) ، البناية (٤١٩/٧ ، ٤٢٠) ، فتح القدير ، وبذيله العناية « باب السلم» (٦٩/٧ ، ٧٠) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب السلم » (٢١٢/٤) ، التعريفات للجرجاني « باب السين » ص١٢٠ ، أنيس الفقهاء « باب الحقوق » ص٢١٨ ، ٢١٩ ، لسان العرب مادة : « سلم » (٢٠٨١/٣) ، النهاية (٣٩٦/٢) .

(٢) راجع : المهذب مع تكملة المجموعة الثانية « باب السلم » ، « فصل : ويجوز مؤجلًا للآية » (١٠٧/١٣ - ١٠٩) ، حلية العلماء « باب السلم » (٣٦١/٤) ، المدونة « كتاب السلم الأول » ، في « التسليف في ثمرة قرية بعينها » (١٢١/٣ ، ١٢٢) ، المنتقى « كتاب البيوع » ، « الباب الخامس : أن يكون المسلم فيه موجودًا حين الأجل » (٣٠٠/٤) ، التفريع « باب السلم في الأشياء المبيعات » ، « فصل (٧٥١) : السلم في ما ليس عند البائع أصله إلخ » (١٣٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب السلم وما ينعقد به » (٦٩١/٢) ، بداية المجتهد (٢٢٠/٢ ، ٢٢١) ، المقدمات الممهدات (٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب العاشر في السلم » ، ص٢٧٣ ، الإفصاح « باب بيع السلم » (٣٦٤/١) ، الكافي لابن قدامة ، « كتاب السلم » ، « فصل » (١١٤/٢) ، المغني « باب السلم» ، « فصل : ولا يشترط كون المسلم فيه موجودًا حال السلم » (٣٢٦/٤) ، الإنصاف «باب السلم » (١٠٢/٥ ، ١٠٣) .

(٣) في (م) : [المحل] ، مكان : [النخل] وهو تصحيف ، وفي (ص) ، (م) : [إصلاحها] ، مكان : [صلاحها] . وحديث ابن عمر : أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في السلم في ثمرة =

والمراد به : تحريم السلم في النخل [1] .

١٣٠٢٤ - قالوا : المراد به : السلف في ثمرة نخلة بعينها ، بدلالة : ما روي « أن رجلًا أسلم في ثمرة نخل فلم تحمل ، فقال رسول الله ﷺ : « لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحها » [2] .

١٣٠٢٥ - قلنا : هذه الزيادة لا تصح [3] ؛ لأن ثمرة نخل بعينه لا يجوز السلف فيه وإن بدا صلاحها .

١٣٠٢٦ - فإن قيل : السلم في التمر لا يجوز إذا بدا صلاحه متى شرطت ؛ فدل على أن المراد : البيع الذي يجوز إذا بدا الصلاح ، وسماه سلفًا ؛ لأنه تعجل [4] الثمن .

١٣٠٢٧ - قلنا : السلم جائز في التمر [5] الذي بدا صلاحه بسرًا أحمر وإن لم يجز السلم في رطبه ، وليس في الخبر ذكر الرطب .

١٣٠٢٨ - ويدل عليه : ما روي عن عطاء بن أبي رباح : أنه سئل عن الرجل أنه يبيع [6] ثمرة أرضه رطبًا ، أو عنبًا يستلف فيها قبل أن يطيب ؟ فقال : لا يصلح ، إن ابن الزبير باع ثمرة أرض له ثلاث سنين ، فسمع بذلك جابر بن عبد الله ، فخرج إلى المسجد ، فقال في أناس : « منعنا رسول الله ﷺ عن بيع [الثمرة حتى تطيب » [7] . وهذا يدل على أن نهيه ﷺ عن بيع] [8] الثمار حتى تزهى وتحمر ؛ فقد فهم [9]

= بعينها » (٢٧١/٢) ، وابن ماجه نحوه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع » (٧٦٧/٢) ، الحديث (٢٢٨٤) ، وأبو داود الطيالسي في المسند ص٢٦٢ ، الحديث (١٩٤٠) وأحمد في المسند (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب لا يجوز السلف حتى يكون بصفة معلومة لا تتعلق بعين » (٢٤/٦) .

(١) في (ص) ، (م) : [النحل] بالحاء المهملة .

(٢) في (م) : [إصلاحها] . لم نعثر على هذه الزيادة بهذا اللفظ بعد .

(٣) في (م) : [لا يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يعجل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الثمن جائز في الثمر] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [باع] .

(٧) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ ، في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٢٥/٤) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [قد فهم منه] ، بزيادة : [منه] .

جابر السلف أنه عقد بيع ، وإنما تفرد باسم .

وذكر الطحاوي : أن أبا البختري الطائي قال : « سألت ابن عباس عن السلم ، فقال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه » ، قال أبو [(١)] البختري : فسألت ابن عمر عن السلف في الثمر ، فقال : « نهي عمر حتى يصلح » [(٢)] ، فقد فهم ابن عباس ، وابن عمر عموم الخبر السلف والبيع .

١٣٠٢٩ - ولأن كل وقت يجوز أن يحل فيه السلم ، وجب أن يكون وجوده فيه شرطًا في صحة العقد ؛ أصله : الوقت الذي شرطاه .

١٣٠٣٠ - ولأن المحل يثبت شرطًا وشرعًا فعدمه في أحد المجلس كالآخر .

١٣٠٣١ - ولا يلزم ما بعد المحل ؛ لأنه ليس بوقت للحلول ، وإن [(٣)] كان وقتًا للمطالبة .

١٣٠٣٢ - فإن قيل : الحلول إنما يراد للمطالبة والتسليم ، كما يجوز أن يموت فيحل ، كذلك يجوز أن يتأخر القبض بغيبته [(٤)] أو فلسه ، وتثبت المطالبة بعد المحل ، وهو معدوم .

١٣٠٣٣ - قلنا : العدم إذا أثر في العقد فإنما يؤثر عند استحقاق القبض ابتداء ، ولا معتبر بالعدم بعد ذلك في فسخ العقد وإن أثر في الخيار . ألا ترى : أن بيع الآبق لا يجوز [(٥)] ؛ لأن قبضه يستحق عقيب العقد ، ولو كان موجودًا فأبق بعد العقد لم ينفسخ العقد ، وإنما يثبت الخيار ، كذلك ههنا العدم في حال الحلول يبطل به العقد ، والعدم بعده يثبت الخيار ، وإن كانت تلك الحال حالة وجوب [(٦)] التسليم .

---

(١) لفظ : [أبو] ساقط من (ع) ، ومن صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش . وهو سعيد بن فيروز ، أبو البحتري الطائي ، تابعي ثقة ، روي عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبي كبشة الأنماري . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص١٨٧ ، الترجمة (٥٦٠) ، الجرح والتعديل (٥٤/٤ ، ٥٥) ، الترجمة (٢٤١) ، ميزان الاعتدال (٤٩٤/٤) ، الترجمة (٩٩٨٦) ، تقريب التهذيب (٣٠٣/١)

(٢) أخرجه الطحاوي في المعاني (٢٥/٤ ، ٢٦) ، والبخاري في الصحيح « كتاب السلم » ، « باب السلم في النخل » (٣١/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعينه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجوز] ، مكان : [لا يجوز] وهو خطأ . انظر حكم بيع الآبق في : الهداية (٣٦/٣) .

(٦) في (م) (ع) : [الحالة حالة لوجوب] ، مكان المثبت .

١٥٢/أ

١٣٠٣٤ - ولأنه عدم يؤثر في العقد ، فوجودة حال حلول المحل يؤثر (١) لعدم / المبيع . ولأن ابتداء العقد أضعف والبقاء أقوى ، فإذا كان العقد في حال بعد المحل يؤثر ، فإذا قارب العقد أولى .

١٣٠٣٥ - ولأن العدم يؤثر في العقد ما لا تؤثره الجهالة ، وتعذر التسليم ، بدلالة : جواز الطلاق والعتاق في المجهول ، فلا يصح في المعدوم ، وبدلالة : أن الآبق وإن لم يجز بيعه جازت هبته ؛ لأنه الضعيف ، وجاز تزويج الأمة ، فلا تجوز هبة المعدوم ولا تزويجه ، وإذا (٢) كانت الجهالة بتعذر التسليم تؤثر في السلم فلأن يؤثر فيه العدم أولى .

١٣٠٣٦ - ولأن ما يجوز أن يطرأ على غير السلم فيؤثر في التسليم ويمكن رفعه عن العقد فذلك شرط فيه ، أصله : إذا أسلم بمكيال بعينه أو بوزن حجر بعينه .

١٣٠٣٧ - أو نقول : إن الجهالة مؤثرة (٣) كما أن تعذر التسليم مؤثر ، ثم كانت الجهالة المتوهمة التي يمكن رفعها تمنع (٤) صحة العقد ، كذلك تعذر التسليم المتوهم ، ونريد (٥) بالجهالة المتوهمة : إذا أسلم بمكيال بعينه يجوز أن يهلك فلا يدري ما يسلمه .

١٣٠٣٨ - فإن قيل : المؤثر هناك جهالة المعقود عليه .

١٣٠٣٩ - قلنا : إذا كان المكيال معينًا فليس بمجهول ؛ لأنه إذا كال به عرف القدر . ولو أراد أنه مجهول عنده بطل به إذا ذكر المكيال المعروف ، وهو لا يعرف قدره ، فعرف أن المؤثر طرو الجهالة .

١٣٠٤٠ - فإن قيل : هذا يؤدي إلى أن يبطل السلم وإن كان في الموجود ؛ لأنه يتوهم موت المسلم فيه (٦) ، فيحل ويصير الأجل مكانه ، فكأنه قال : أسلمت إلى أجل كذا وكذا (٧) .

---

(١) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في (ص) : [إذا] بدون العطف .

(٣) لفظ : [إن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ص) : [مؤثر] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

(٥) في (م) : [يريد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [إليه] ، مكان : [فيه] .

(٧) لفظ : [فكأنه] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفيها : [كذي كذي] مكان المثبت .

١٣٠٤١ - قلنا : هذا صحيح ، لكن لا يمكن رفعه عن العقد ، ولا الاحتراز منه .

١٣٠٤٢ - وكذلك [1] الجواب إن ألزموا النصراني يسلم إلى النصراني في الخمر [2] ، ويجوز أن يسلم أحدهما فيتعذر التسليم [3] ؛ لأن هذا لا يمكن رفعه عن العقد .

١٣٠٤٣ - فإن قيل : العقود تنعقد [4] على السلامة ، وما يجوز أن يحدث لا يعتبر [5] ، بدلالة : جواز إجارة الحيوان ، ويجوز أن يموت فيبطل العقد .

١٣٠٤٤ - قلنا : لأن الإجارة يعتبر فيها حال الانعقاد فلا يعتبر ما يجوز أن يطرأ ، والسلم يعتبر فيه التجويز .

١٣٠٤٥ - على أن الموت لا يمكن الاحتراز منه .

١٣٠٤٦ - فإن قيل : السلم بمكيال بعينه يؤدي إلى جهالة لا يفتقر في العقد إليها ، والعدم معنى يفتقر إلى انعقاد العقد معه .

١٣٠٤٧ - قلنا : إن كان به حاجة إلى السلم قبل حينه [6] فله حاجة إلى بيع الآبق والعين المغصوبة ، ولم يجز مع الحاجة لمعنى يعود إلى التسليم ، كذلك الحاجة ههنا إذا أدت إلى تعذر التسليم في المحل منعت .

١٣٠٤٨ - ولأنه معنى [7] يؤثر في التسليم في كل العقود . لو طرأ بعد صحة العقد أثبت الخيار ، فإذا قارنه منع انعقاده ؛ أصله : إباق العبد .

١٣٠٤٩ - ولا يلزم حدوث العيب ؛ لأنه يوجب تعذر جزء من المبيع ، ولا يتعذر به تسليم [8] كل المبيع .

١٣٠٥٠ - احتجوا : بما روي عن ابن عباس ﷺ قال : « قدم رسول الله ﷺ المدينة وكانوا يسلفون في التمر السنة والسنتين » ، وفي بعضها : « السنتين والثلاثة » ، فقال ﷺ : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » [9] .

---

(١) في (ص) : [ولذلك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [خمر] ، بدون الألف واللام .

(٣) في (م) ، (ع) : [تسليمها] . (٤) في (م) : [ينعقد] .

(٥) قاعدة : « العقود تنعقد على السلامة وما يجوز أن يحدث لا يعتبر » .

(٦) في (م) ، (ع) : [حسنه] .

(٧) لفظ : [معنى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لفظ : [تسليم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) أخرجه البخاري في الصحيح في « كتاب السلم » ، « باب السلم في وزن معلوم » (٣٠/٢) ، ومسلم =

١٣٠٥١ - الجواب : أن المراد من كيل [1] معلوم : والمكيل وهو الموجود دون المعدوم .

١٣٠٥٢ - ولأن الاحتجاج إن كان بتقريره له ﷺ لهم على عقدهم ، قلنا : يعرف صفة العقد ، ويجوز أن يكون السلم سنين [إن] [2] كان في الثمار اليابسة ، وذلك لا يعدم من أيدي الناس ، فإن كان يذكره ﷺ هذه الشروط دون غيرها فقد بين ﷺ الشرط الآخر بنهيه عن بيع السنين ، وبنهيه عن بيع الثمار حتى تحمر [3] .

١٣٠٥٣ - فإن قيل : إطلاق الثمرة عبارة عن الرطب .

١٣٠٥٤ - قلنا : ليس بصحيح ؛ لأن التمرة اليابسة تمر [4] كما أن الرطبة تمر ؛ ولأن السلف السنة والسنتين إنما يكون في اليابس الذي يدخر دون الرطب الذي يراد للأكل .

١٣٠٥٥ - وقولهم : « إنما نجوز الأمرين » ليس بصحيح ؛ لأن ابن عباس ﷺ حكى فعلًا لهم ، وحكاية الحال لا عموم لها ، فبين صحة ما ذكره ابن عباس راوي هذا الخبر ، وقد روينا عنه . وعن ابن عمر ﷺ « أن السلف لا يجوز في التمر حتى يبدو صلاحها » [5] .

١٣٠٥٦ - فدل على صحة ما ذكرنا من التأويل .

١٣٠٥٧ - روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال : « لا يحل لرجل مسلم يعبد الله أن يسلم في الحنطة والشعير ما لم يعين المحل » [6] ، وهذا إنما يعني به الحنطة الحديثة ، فكيف يكون النبي ﷺ أقر على السلم في المعدوم ؟ .

١٣٠٥٨ - قالوا : كل ما لم يجعله المتعاقدان للمسلم [فيه وقت لتسليمه] [7] لم

= في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب السلم » (١٢٢٧/٣) ، الحديث (١٢٧ / ١٦٠٤) ، وأبو داود في السنن ، في « كتاب الإجارة » ، « باب في السلف » (٢٧٠/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر » (٥٩٣/٣ ، ٥٩٤) ، الحديث (١٣١١) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع « في « السلف في الثمار » (٢٩٠/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » (٧٦٥/٢) ، الحديث (٢٢٨٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [مكيل] .

(٢) في (ص) ، (م) : [سنتين] والزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [يحمر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الثمرة اليابسة ثمرة] .

(٥) لم نجد هذا الحديث بلفظه وتقدم تخريجه بلفظ آخر في هذه المسألة .

(٦) لم نقف على هذا الأثر بعد .

(٧) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

يكن وجود المسلم فيه شرطًا ، كما بعد المحل [١] .

١٣٠٥٩ – وربما قالوا : ما لم يكن وقتًا لمحل السلم عقدًا لم يكن وجوده فيه شرطًا .

١٣٠٦٠ – قلنا : حال العقد وما بعده إلى وقت المحل يجوز أن يكون وقت الحلول ، فعدم المعقود عليه فيه كعدمه في البيع عند العقد ؛ لأنها حالة الانعقاد ويتعقبها وجوب التسليم .

١٣٠٦١ – وعدم المسلم فيه بعد وقت المحل كإباق العبد بعد البيع ؛ لأن تلك الحالة ليست حالة [٢] الانعقاد ولا حال وجوب القبض ، فتعذر التسليم فيها على وجه يرجى وجوده يثبت الخيار ولا يبطل العقد .

١٣٠٦٢ – ولأنهما عقدا على مبيع لا يمكن تسليمه عقيب العقد ، فلم يصح العقد . وكذلك إذا أسلما في المعدوم مطلقًا على أصلهم .

١٣٠٦٣ – ومعلوم أنهما لم يجعلا تلك الحالة محل التسليم ، ، وإنما جعلها الشرع محلًّا ، فلذلك في السلم المحل الذي جعله الشرع محلًّا يجب [٣] أن يكون عدم المسلم فيه يمنع صحة السلم .

١٣٠٦٤ – قالوا : مال مضبوط الصفات فيجوز السلم فيه في كل وقت ، كالحنطة والحبوب .

١٣٠٦٥ – قلنا : لا نسلم الأصل ؛ لأنه إن أسلم في الحنطة مطلقًا جاز ، وإن أسلم في الحنطة الحديثة لم يجز إلا بعد إمكان الحصاد ، والمعنى فيه : إذا أسلم في الحنطة المطلقة أنها مأمونة الوجود عند الحلول .

١٣٠٦٦ – وفي مسألتنا : ليس بموجود عند الحلول ؛ فصار كما عُدِم في المحل المشروط .

١٣٠٦٧ – قالوا : ما يثبت في الذمة ويؤمن انقطاعه في محله يجوز السلم فيه ، أصله : إذا كان موجودًا .

١٣٠٦٨ – قلنا : لا نسلم أنه موجود في محله ؛ لأن كل حالة من أحوال العقد حالُ محلِّه ؛ ولأن الموجود يؤمن عدمه ليس [٤] حاله حال المعدوم ، وقد لا يوجد في

(١) قاعدة : « كل ما لم يجعله المتعاقدان وقتا لتسليم المسلم فيه لم يكن وجود المسلم فيه شرطًا كما بعد المحل » .
(٢) في (ع) : [حال] .
(٣) في (ع) : [فلا يجب] ، بزيادة : [فلا] .
(٤) في (ص) : [لئن] ، لعل الصواب ما أثبتناه من (م) ، (ع) .

حال يجوز أن يحل فيها ، فلذلك لم يصح السلم فيه .

١٣٠٦٩ - قالوا : تسليم المسلم فيه يفتقر إلى مكان وزمان ، فلما لم يُشْرَط وجوده في غير المكان الذي هو محله ، فكذلك [1] وجب أن لا يشترط في غير الزمان الذي هو محله .

١٣٠٧٠ - قلنا : إذا كان موجودًا في مكان التسليم أمكن نقله إلى مكان آخر ، فلو تصور وجوب التسليم في غير ذلك المكان أمكن إحضار المسلم فيه . وفي مسألتنا : إذا وجب تسليمه في غير الزمان المشروط لم يمكن تسليمه ، فكذلك [2] لا يصح .

١٣٠٧١ - وإن شئت قلت : إنه إذا شرط تسليمه في مكان لا يخلو إما أن يكون مما له حمل ومؤنة ، أو مما لا حمل له ؛ فإن كان مما لا حمل له فتسليمه في مكانه أو في كل مكان ونقله ممكن ، وإن كان مما له حمل : فلا يلزمه [3] تسليمه في غير المكان المشروط ، فعدمه [4] فيه لا يؤثر .

١٣٠٧٢ - قالوا : الاعتبار برده في وقت المحل ، بدلالة : أنه لو كان موجودًا من حين العقد إلى قبل المجلس وباعه لم يجز العقد لعدمه في وقت المحل .

١٣٠٧٣ - قلنا : بل المؤثر عدمه في وقت يجوز أن يكون وقتًا [5] للمحل ، فالوقت المشروط يجوز أن يكون محلًّا ، ويجوز أن لا يكون بل يموت قبله .

١٣٠٧٤ - فكل أحوال العقد هذا التجويز فيها موجود فعدم المعقود عليه فيها يمنع جواز السلم .

* * *

(١ ، ٢) في (ص) : [فلذلك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يلزم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعدمه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [وقتا] ، وهو تصحيف .

مسألة ٦٦٠

هل يجوز السلم حالا ومؤجلا

١٣٠٧٥ - قال أصحابنا : يجوز السلم مؤجلا ، ولا يجوز حالًّا [١] .

١٣٠٧٦ - وقال الشافعي : يجوز حالًّا ومؤجلًا ، كالأثمان ، إن أطلق العقد : كان حالًّا ، وإن ذكر آجلًا : كان مؤجلًا [٢] .

١٣٠٧٧ - لنا : ما روى سفيان ، عن ابن أبي نجيح ، عن عبد الله بن كثير ، عن المنهال ، عن ابن عباس ﷺ ، قال : « قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار في السنتين والثلاث ، فقال رسول الله ﷺ : أسلفوا في الثمار في كيل معلوم إلى أجل معلوم » [٣] .

١٣٠٧٨ - قال الطحاوي : هذا حديث ثابت الإسناد لا يطعن في أحد من رواته ، وأبو المنهال : هو عبد الرحمن بن مطعم ، روى عنه عمرو بن دينار وغيره [٤] .

---

(١) وقال السمناني : « وامتنع أصحابنا من ذلك وقالوا : لا يجوز إلا بأجل ؛ لأنه لا فرق بين السلف والسلم ، واللفظ وإذا كان حالًّا لم يتمكن من التسليم عقب العقد » . راجع : مختصر الطحاوي ص٨٦ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » ، فصل تعجيل أحد البدلين » (٤١٥/١) ، مسألة (٢٣١٨) ، تحفة الفقهاء (١١/٢ ، ١٢) ، طريقة الخلاف في الفقه ص٣٤٣ - ٣٤٦ ، مسألة (١٤٤) ، الهداية مع البناية (٤٣٧/٧ - ٤٤٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٨٦/٧ - ٨٨) .

(٢) قال الشافعي في الأم : « فالسلف بيع مضمون بصفة ، فإن اختار أن يكون إلى أجل جاز ، وأن يكون حالًّا ، وكان الحال أولى أن يجوز لأمرين ، أحدهما : أنه مضمون بصفة كما كان الدين مضمونًا بصفة ، والآخر : أن ما أسرع المشتري في أخذه كان من الخروج من الفساد بغرر وعارض أولى من المؤجل » . راجع : الأم « باب في الآجال في السلف و البيوع » (٩٦/٢ ، ٩٧) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٠٧/١٣ ، ١٠٨) ، حلية العلماء (٣٥٩/٤ ، ٣٦٠) ، المنتقى « الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا » (٢٩٧/٤ ، ٢٩٨) ، التفريع (١٣٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٦٩٢/٢) ، بداية المجتهد (٢١٩/٢) ، الإفصاح (٣٦٤/١) المغني ، « مسألة : إلى أجل معلوم بالأهلة » (٣٢١/٤) ، الإنصاف (٩٨/٥) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح ، في « كتاب السلم » ، « باب السلم إلى أجل » (٣١/٢) ، وابن الجارود في المنتقى « باب في السلم » ص١٥٦ ، ١٥٧ ، الحديث (٦١٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب السلف في الشيء ليس في أيدي الناس » (١٩/٦) ، وعبد الرزاق نحوه في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم » (٤/٨) ، الحديث (١٤٠٥٩) .

(٤) راجع ترجمة أبي المنهال في : الجرح والتعديل (٢٨٤/٥) ، الترجمة (١٣٥٤) ، تقريب التهذيب (٤٩٨/١) ، الترجمة (١١١٢) .

١٣٠٧٩ - فإن قيل : السلف ليس بواجب ، فكيف يحمل الأمر على الوجوب ، .

١٣٠٨٠ - قلنا : هذا بيان لشروط العقد ، وهي واجبة إذا أراد العقد وإن لم يجب من غير إرادة ، كشرائط النكاح وصلاة النفل .

١٣٠٨١ - قالوا : معنى الخبر : من أسلم في مكيل فليكن معلومًا ، ومن أسلم في موزون فليكن معلومًا ، بدلالة : أن السلم لا يجوز إلا في مؤجل فيقر على ظاهره .

١٥/ب ١٣٠٨٢ - ولأن النبي ﷺ بين بذكر / الكيل والوزن المقدار المعلوم ، فأقمنا مقامهما الذرع والعدد ، فليس مقام الأجل ما يجري مجراه ، فبقي على ظاهره .

١٣٠٨٣ - ولأن الكيل والوزن لا يوجدان في كل شيء فلم يكونا شرطًا في جميع الأشياء ، والأجل ممكن أن يثبت في كل شيء فلم يكن بناء إلى [1] ترك الظاهر فيه حاجة [2] .

١٣٠٨٤ - فإن قيل : ذكر في الخبر : « في كيل معلوم ووزن معلوم » [3] ، واجتماع الأمرين لا يجب .

١٣٠٨٥ - قلنا : لم يذكر في خبرنا إلا الكيل ، ولو ثبت ما ذكروه لم يضرنا ؛ لأن الكيل والوزن لا يتفق مقدارهما في عين واحدة ، فعلم أنه أراد الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن .

١٣٠٨٦ - فإن قيل : هذا الخبر ورد على سبب ، وهو أنهم كانوا يسلمون في ثمار السنتين والثلاث .

١٣٠٨٧ - قلنا : المعتبر اللفظ دون السبب الذي خرج الكلام عليه ، والكلام عام .

١٣٠٨٨ - ويدل عليه : إجماع الصحابة ؛ روى القاسم بن محمد ، عن ابن عباس ﷺ : « أنه سئل عن [السلم] في الكرابيس [4] ، فقال : لا بأس به إذا كان مذروعًا معلومًا إلى أجل معلوم » [5] .

---

(١) لفظ : [إلى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [بترك الظاهر فيه خاصة] ، مكان المثبت .

(٣) هذا جزء من حديث ابن عباس ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٤) الزيادة : [من مصنف ابن أبي شيبة] . والكرابيس : جمع كرباس - بكسر الكاف ، وهو الثوب الخشن . راجع : لسان العرب ، مادة : « كربس » (٣٨٤٧/٥ ، ٣٨٤٨) ، المصباح المنير (٥٠٣/٢) ، المعجم الوسيط (٧٨٧/٢) .

(٥) أثر ابن عباس ﷺ : أخرجه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ في المصنف ، « كتاب البيوع » ، « في السلم =

وقال عطيه العوفي [١] : « سألت ابن عمر ﷺ عن السلم في الحنطة والشعير والثمر والزيت ، فقال : لا بأس به إذا كانت صرفت [٢] معلومة إلى أجل [معلوم] ما لم يكن في زرع أو ثمر لم يبدو صلاحه » [٣] .

١٣٠٨٩ – وروي عن أبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة ﷺ : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم » [٤] .

١٣٠٩٠ – ولأن كل معنى يؤثر في جهالته يبطل السلم ، فذكره شرط فيه أصله : مقدار المسلم فيه [٥] .

١٣٠٩١ – ولأن التأجيل أحد صفتي الثمن ، فوجب أن يكون شرطًا ، وكما لو أجل رأس المال والمسلم فيه .

١٣٠٩٢ – ولأن السلم يجوز في الديون ، ولا يجوز في الأعيان ، فلابد من أن يختص العقد بحكم يوجد منه لا يصح في العين ، والأحكام التي يختص بها الدين : جواز التأجيل ، والرهن ، والكفالة . ثم ثبت أن الرهن والكفالة ليس واحد منهما شرطًا في المسلم فيه ، فلم يبق إلا أن يكون التأجيل شرطًا .

١٣٠٩٣ – قالوا : فالكتابة لا تصح إلا ببدل هو دين ، والرهن ، والكفالة لا يشترط بدلهما ؛ ثم لا يشترط التأجيل فيه .

١٣٠٩٤ – قلنا : يجوز الكتابة على الأعيان فيه روايتان ، أحدهما : يجوز الكتابة فيها ، فإن قلنا بهذه الرواية سقط النقض ، وإن سلمنا أن الكتابة لا تجوز [٦] في الأعيان ،

= بالثياب » (١٦٥/٥) ، الأثر (٦) ، والبيهقي ، في الكبري « كتاب البيوع » ، باب السلف في الحنطة والشعير والزبيب ... إلخ » (٢٦/٦) .

(١) في (م) ، (ع) : [عطية الغرفي] .

(٢) في جميع النسخ : [صرف] ، لعل الصواب : [صرفت] ، والزيادة : من (ع) .

(٣) رواه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب السلفة في الطعام » (٦٤٤/٢) ، الأثر (٤٩) ، وابن أبي شيبة نحوه في المصنف « كتاب البيوع » في « السلف في الطعام » (٢٧٦/٥) ، الأثر (٩) والبخاري معلقًا في الصحيح « كتاب السلم » ، « باب السلم إلى أجل معلوم » (٣١/٢) .

(٤) لم نقف على هذا الأثر من هذين الوجهين بعد . وقد تقدم تخريجه من حديث ابن عباس ﷺ بلفظ آخر .

(٥) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [لا يجوز] .

[فلأن العاقد لما لا يملك الأعيان] (١) ، فلا يصح أن يملكَها ، ويملك أن يعقد على دين في الذمة (٢) ، فاختص العقد بالدين لهذا المعنى ؛ وفي مسألتنا : العاقد يصح أن يملك الدين والعين (٣) ، واختص العقد بالدين (٤) ، فعلم أنه يختص بشرط لا يوجد إلا في الدين .

١٣٠٩٥ – فإن قيل : بدل القرض لا يصح أن يكون إلا دينًا ، ولا يشترط فيه الرهن، والكفيل ، ولا الأجل (٥) .

١٣٠٩٦ – قلنا : عندنا (٦) القرض لا يجب البدل به ، بدلالة : أن صحة العقد لا تقف (٧) على تسميته ، وإنما يثبت البدل حكمًا بقتضي القرض ، والبدل الثابت حكمًا لا يكون إلا دينًا ، كالاستهلاك .

١٣٠٩٧ – وفي مسألتنا : يثبت (٨) البدل بالعقد ، والعقد يملك به العين والدين .

١٣٠٩٨ – فإن قيل : الرهن لا يصح إلا بدين ، ولا يصح بعين ، ولو شرط (٩) فيه التأجيل (١٠) .

١٣٠٩٩ – قلنا : إنما شرط فيه الدين ؛ لأنه للاستيفاء ، والديون هي التي يمكن أن تستوفي منه (١١) . وأما الأعيان فلا يمكن أن تستوفي (١٢) من الرهن ، فلذلك اختص بالدين ؛ لأنه يثبت ... (١٣) في سائر البياعات ، فأوجب حكمًا خاصًّا بالبدل الآخر ؛ أصله : عقد الصرف .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [في ذمته] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) في (م) ، (ع) : [العين والدين] بالتقديم والتأخير .

(٤) في (ع) : [واختص الدين بالعقد] . (٥) في (ع) : [والأجل] ، بدون : [لا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [عند] ، مكان : [عندنا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يقف] . (٨) في (م) : [ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولو شرط] ، مكان : [ولا شرط] ، وفي جميع النسخ : [ولا يصح بدين] ، لعل الصواب : [ولا يصح بعين] .

(١٠) قاعدة : « الرهن لا يصح إلا بدين ، ولا يصح بعين ، ولو شرط فيه التأجيل .. لأنه للاستيفاء ، والديون هي التي يمكن أن تستوفي منه ، وأما الأعيان فلا » .

(١١) في (م) ، (ع) : [هي إلى تمكين أن يستوفي منه] ، مكان المثبت .

(١٢) في (م) ، (ع) : [أن يستوفي] .

(١٣) سقطت من بعد : [لأنه يثبت] عبارة طويلة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في هامش (ص) ، إلا أننا لم نستطع أن نثبتها لسوء التصوير فاستحالت القراءة .

١٣١٠٠ - فإن قالوا : وجب أن لا يكون التأجيل من شرطه ، كالسلم .

١٣١٠١ - قلنا : يبطل [1] بالسلم في المعدوم .

١٣١٠٢ - ولأن الصرف لا يشترط فيه التأجيل ؛ لأنه يبطل موضوعه ، ألا ترى : أنه يُسمى صرفًا ؛ لأن كل واحد يصرف البدل إلى صاحبه ، ومن لم يشترط التأجيل في السلم بطل موضوعه ؛ لأنه يقتضي تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر .

١٣١٠٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [2] ، والسلم بيع ؛ وإن انفرد باسم ، كما أنه عقد وإن انفرد باسم .

١٣١٠٤ - والجواب : أن إباحة البيع في الجملة لا يستدل به إذا وقع الاختلاف في شروط البيع ، كما أن الخلاف إذا وقع في شرائط النكاح أو في شرائط الصلاة لم يستدل بإباحة النكاح وبإيجاب الصلاة ، وإنما يرجع في ذلك إلى دلائل الشروط .

١٣١٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ﴾ [3] ، وقد أريد بهذه الآية السلم ، ثم قال تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ ﴾ [4] ، فدل على أن السلم المؤجل .

قال ابن عباس ﷺ : « أشهد أن السلم المضمون إلي أجل مسمي قد أباحه اللَّه ، وأنزل فيه أطول آية من كتابه » [5] .

وأما قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً ﴾ فأراد به بيع الأعيان ؛ لأنها هي الحاضرة ، ألا ترى : أنه [تعالى] قال : ﴿ تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ ﴾ ، والذي يقوم بيننا إنما هو [6] الأعيان ، فكأن اللَّه تعالى بيَّن حكم السلم وشرط فيه الأجل المعلوم ، وبيَّن حكم بيوع الأعيان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [تبطل] .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .
(٣ ، ٤) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .
(٥) أخرجه الشافعي في المسند ، في « كتاب الاستقراض » (١٧١/٢) ، الأثر (٥٩٧) ، وفي الأم « كتاب البيوع » ، « باب السلف ، والمراد به : السلم » (٩٣/٣ ، ٩٤) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم » (٥/٨) ، الأثر (١٤٠٦٤) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف « كتاب البيوع » ، في « السلف في الطعام والتمر » (٢٧٧/٥) ، الأثر (١٧) ، والحاكم في المستدرك « كتاب التفسير » (٢٨٦/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب جواز السلف المضمون بالصفة » (١٨/٦) .
(٦) قوله : [تديرونها بينكم] جزء من الآية السابقة ، وفي (م) : [والذين] ، مكان : [والذي] ، وقوله : [إنما هو] ساقط من (ع) .

١٣١٠٦ - قالوا : روي « أن [1] النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم » [2] ، فإنه يفرق .

١٣١٠٧ - قلنا : قوله : « ورخص في السلم » من كلام الراوي ، ولم يبين [3] لفظ النبي ﷺ في الرخصة ، وقد نقلنا [4] لفظه في قوله : « أسلموا في كيل » ، فكان [5] الرجوع إلى اللفظ المفسر أولى .

١٣١٠٨ - ثم السلم عقد يقتضي تعجيل أحد البدلين ، وتأخر البدل الآخر لغةً وشرعًا .

١٣١٠٩ - أما [6] اللغة : فلأنهم يقولون : أسلم [7] الدين من كذا ، إذا كان أحدهما متأخرًا [8] ويميزون بينهما ، ولو تعجل لم يكن بها ، ويقال : أسلم [9] هذا ، وقال : أولى منه [10] أن يقال : أسلم [11] ذلك في هذا .

١٣١١٠ - وأما الشرع : فلأن رب السلم لا يحبس رأس المال حتى يحضر المسلم فيه ، ولو لم يقتض العقدُ تأخرَ المسلم فيه وجب أن يحبس رأس المال حتى يحضر عوضه ، كبيوع الأعيان ، وإذا اقتضى لفظ السلم تأخر أحد العوضين وجب أن تكون مدة التأخير معلومة .

١٣١١١ - قالوا : روي « أن النبي ﷺ اشتري من أعرابي جملًا بوسقٍ من تمر الذخرة [12] ، فالتمسه ، فلم يجده ، فقال الأعرابي : واغدراه ، فاستقرضه رسول الله

---

(١) في (ع) : [عن] ، مكان : [أن] .
(٢) لم نقف على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد .
(٣) في (م) : [ولم تبين] .
(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [نقلنا] .
(٥) في (م) : [مكان] ، بدل : [فكان] . والحديث : تقدم تخريجه ، وأخرجه الشافعي في الأم (٩٤/٣) ، وفي مختصر المزني « باب السلم » ص٩٠ ، وفي المسند « الباب الرابع في السلم » (١٦١/٢) ، الحديث (٥٥٧، ٥٥٨) .
(٦) في (م) ، (ع) : [لنا] ، مكان : [أما] .
(٧) في سائر النسخ : [اسم] ، مكان : [أسلم] ، والصواب ما أثبتناه .
(٨) في (ص) : [متأخر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [اسم] .
(١٠) في (م) : [منه] .
(١١) في (م) ، (ع) : [اسم] .
(١٢) في جميع النسخ : [الدخير] ، والمثبت من مسند أحمد ، وفيه : [وتمر الذخرة : العجوة] . قال الجوهري : العجوة ضرب من أجود التمر بالمدينة ، وقيل : العجوة ضرب من التمر . راجع : لسان العرب ، مادة : « عجا » (٢٨٣١/٤) .

ﷺ ووفاه إياه » [(١)] .

١٣١١٢ – قالوا : وشري الثمن في الذمة إلى أجل معين هو السلم .

١٣١١٣ – قلنا : التمر [(٢)] ههنا ثمن ؛ بدلالة : أن الباء صحبته [(٣)] ، وهو ما ثبت في الذمة ، ولهذا أضاف الشري إلى المعين ، ولهذا لم يذكر شرائط السلم في الثمن وإن كان سلمًا استوفي الشرائط .

١٣١١٤ – قالوا : نوع معاوضة محضة ، فلا يكون الأجل شرطًا . أصله : بيوع الأعيان .

١٣١١٥ – قلنا : يبطل السلم في المعدوم .

١٣١١٦ – قالوا : الأجل ليس بشرط [(٤)] ، وإنما الشرط وجود المعقود عليه [(٥)] .

١٣١١٧ – قلنا : إذا أسلم ببغداد في الرطب وهو موجود بالبصرة ، لم يصح إلا بأجل .

١٣١١٨ – قالوا : الأجل ليس بشرط ، وإنما الشرط إمكان التسليم .

١٣١١٩ – قلنا : كذلك نقول في السلم ؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يعقد السلم في العين الحاصلة عنده ، وإنما يستسلف فيما ليس عنده ، فيحتاج إلى الأجل ليسهل التسليم .

١٣١٢٠ – قالوا : السلم في المعدوم بعض البيوع .

١٣١٢١ – قلنا : بل جميعه ؛ لأن السلم جنس ، المعدوم نوع منه ، والمعنى في بيوع الأعيان [(٦)] : أنها لا تختص بما يقبل التأجيل . ألا ترى : أنها تصح في الأعيان التي لا تقبل [(٧)] التأجيل ، فإذا وقعت في الذمة حالَّةً لم يكن ذلك بأكثر من وقوعها علي المعين

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢٦٨/٦ ، ٢٦٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب جواز السلم الحال » (٢٠/٦) ، والحاكم بمعناه في المستدرك « كتاب البيوع » (٣٢/٢) .

(٢) في سائر النسخ : [الثمن] ، مكان : [التمر] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [صحته] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بشرط] ، مكان : [من شرط] ، ولفظ : [من] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [إمكان التسليم] ، مكان قوله : [وجود المعقود عليه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ومعلوم في البيوع الأعيان] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) : [لا يقبل] .

الذي يصح تأجيله ، والسلم لا يصح في [1] الأعيان ، فلابد أن يقع فيما يحتمل التأجيل، فلم يصح غير مؤجل .

١٣١٢٢ - قالوا : معاوضة ليس من شرطها التنجيم [2] ، فلا يكون من شرطه التأجيل ، كالنكاح [3] .

١٣١٢٣ - قلنا : التنجيم [4] هو تأجيل بصفة ما لم يكن من شرطه التأجيل أصلًا ، وقد يشترط في العقد الأجل المطلق وإن [5] لم يشترط الموصوف على ما قررنا في السلم في المعدوم .

١٣١٢٤ - والمعنى في بدل النكاح ما بينا : أنه يصح في الأعيان التي لا تقبل [6] الأجل ، فإذا وقع على ما في الذمة ، لم يكن من شرطه الأجل .

١٣١٢٥ - قالوا : مدة ملحقة بمعاوضة محضة ، فلم تكن [7] شرطًا فيه ، كخيار الثلاث .

١٣١٢٦ - قلنا : لا نسلم أن الأجل مدة ملحقة بالسلم ؛ لأن الملحق ما استقل العقد [8] دونه ، ولهذا لا يقال : بأن الأجل في السلم مدة ملحقة ؛ لأن العقد لا يستقل دونها .

١٣١٢٧ - ولأن الخيار يخالف مقتضى العقد ؛ لأن الإيجاب والقبول يوجبان نفاذ العقد ، والخيار يمنع [9] ذلك ، فلم يجز أن يكون من شرط العقد ما يخالف مقتضاه ، ويكون شرط العقد [10] ما يقتضيه لفظه ، ولهذا [11] شرط في الصرف التقابض ؛ لأن نفس العقد مأخوذ من صرف كل واحد منهما البدل الآخر .

١٣١٢٨ - قالوا : ما حل بموت من وجد عليه عقيب العقد وتثبت [12] المطالبة به ،

---

(١) حرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [التحريم] ، مكان : [التنجيم] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [التحريم] ، مكان : [التنجيم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٦) في (م) : [لا يقبل] .

(٧) في (م) : [فلم يكن] .

(٨) في (ع) : [للعقد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يتبع] .

(١٠) في سائر النسخ : [ما يخالف مقتضاها ما يكون شرط العقد] مكان المثبت ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) في (م) ، (ع) : [وهذا] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يثبت] بدون العطف .

جاز أن يثبت حالًّا ، كالثمن في بيع العين [١] .

١٣١٢٩ - قلنا : الأثمان لا تختص [٢] بما يحتمل التأجيل ؛ لأنه لا يصح إلا في الديون ، فدل على أن الأجل من شرطه .

١٣١٣٠ - قالوا : الأجل في العقود غرر ، فإذا كان مع الغرر كان مع عدم الغرر أجوز .

١٣١٣١ - قلنا : يبطل / بالسلم في الأعيان ، فإنه أبعد من الغرر ، ومع هذا لا يجوز . ١٥٣/أ

١٣١٣٢ - ولأنا لا نسلم أن الحالَّ أبعد من الغرر ؛ لأن العادة : أن الإنسان يقبل السلم [٣] فيما ليس عنده ، فإذا كان حالًّا تعذر [٤] إحضاره عقيب العقد ، وإذا كان مؤجلًا بمحله أحضره ، فصار المؤجل أبعد من الغرر .

* * *

(١) في (م) : [منع العين] ، مكان : [بيع العين] ، وهو ساقط من (ن) .

(٢) في (م) : [لا يختص] .

(٣) لفظ : [السلم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في سائر النسخ : [إذا] ، مكان : [فإذا] ، والأصوب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [يقدر] ، مكان : [تعذر] .



السلم في الحيوان

١٣١٣٣ - قال أصحابنا : لا يجوز السلم في الحيوان [١] .

١٣١٣٤ - وقال الشافعي : يجوز ذلك في كل حيوان يجوز بيعه [٢] .

١٣١٣٥ - لنا : ما روى الثوري ، عن معمر ، عن يحيى بن أبي كثير ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ﷺ « أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان » [٣] ، ذكره الدارقطني .

١٣١٣٦ - قالوا : نحمله [٤] على السلف في حبل الحبلة .

١٣١٣٧ - قلنا : ذلك سلف فيما يصير حيوانًا ، ولأن النهي عام ، فلا يخصه إلا بدليل .

١٣١٣٨ - روى ابن عباس ، وابن عمر ، وسمرة ﷺ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » [٥] ، وإذا ثبت أن السلم لا يجوز إذا كان رأس المال حيوانًا ،

---

(١) قال السمناني : « السلم في الحيوان لا يجوز ، وإن بين أوصافه ، وعنده (يعني : الشافعي) : يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه ووصفه » . راجع : مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، تحفة الفقهاء (١٥/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص ٣٤٧ ، مسألة (١٤٦) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية (٧٦/٧ - ٧٨) ، البناية مع الهداية (٤٢٧/٧ - ٤٢٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] . قال الشافعي في مختصر البويطي : « لا بأس بالسلم في الحيوان ، ولا يجوز في الطيور ؛ لأنها لا تضبط بسن ولا تذرع ، ويوصف الحيوان الذي سلف فيه بالسن ، والنوع ، والجنس» . راجع : مختصر البويطي ، في « السلف » ، الأم « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٨/٢) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٠٩/١٣ ، ١١٤) ، حلية العلماء (٣٦٢/٤) ، المنتقى « الباب الثاني في كونه موصوفًا» (٢٩٣/٤) ، التفريع « باب السلم في الأشياء المبيعات » (١٣٤/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب السلم وما ينعقد به » (٦٩٣/٢) ، بداية المجتهد (٢١٨/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب السلم » (٢٢/٢) ، الإفصاح (٣٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب السلم » ، « فصل : وفي الحيوان روايتان » (١١٠/٢) ، المغني « فصل : واختلفت الرواية في السلم في الحيوان » (٣٠٧/٤ ، ٣٠٨) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، في « كتاب البيوع » (٧١/٣) ، الحديث (٢٦٨) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « النهي عن السلف في الحيوان » (٥٧/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بحمله] .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٨) ، وأخرجه بهذا اللفظ عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب =

كذلك لا يجوز غيره ؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما .

١٣١٣٩ - فإن قيل : نحمله على النسيئة في البدلين ؛ لأن الشرط والصفة والاستثناء يرجع إلى جميع ما قدر ، فيصير كنهيه [1] [عليه الصلاة والسلام] عن « الكالئ بالكالئ » [2] .

١٣١٤٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن قوله : « نسيئة « حال وليست بصفة [3] ، بدلالة : أنها نكرة ، ولا يجوز أن يوصف بها المعرفة ، والحيوان معرفة ، وإذا كانت حالًا لم يجز أن تكون [4] حالًا لهما ؛ لأن التعليل في أحدهما : الإضافة ، والآخر : البناء ، والعامل في الاسم هو العامل [5] في الحال ، ولو كانت حالًا منهما صارت معمولًا لعاملين [6] ، وهذا لا يصح .

١٣١٤١ - ولأن ما لا يجوز السلم في أطرافه لم يجز في جملته . لأنا قلنا : في أطرافه ، وليس البيض طرفا ، ولو قلنا : في أجزائه لم يلزم ؛ لأن أجزاء البيض المقصودة بالعقد يجوز السلم فيها بالصفرة والبياض ، وإنما لا يجوز فيما لا يتقوم [7] ولا يقصد .

١٣١٤٢ - ولأن ما لا يضمن بمثله لا يجوز السلم فيه إذا لم يعرف قدره بغيره ، كالقسي والنبل ، والجوهر [8] .

= بيع الحيوان بالحيوان » (٢٠/٨) ، الحديث (١٤١٣٣) ، وابن الجارود في المنتقي « باب المبايعات المنهي عنها من الغرر وغيره « ص ١٥٦ ، الحديث (٦١٠) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب استقراض الحيوان » (٦٠/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧١/٣) ، الحديث (٢٦٧) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٢٨٨/٥ ، ٢٨٩) .

(١) في (م) ، (ع) .

(٢) [مهبة] ، مكان : [مهيه] ، وهو تصحيف ، والزيادة : أثبتناها لمقتضي السياق ، وقوله : [بالكالئ] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . والحديث أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧١/٣ ، ٧٢) ، الحديث (٢٦٩ ، ٢٧٠) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « النهي عن بيع الكالئ بالكالئ » (٥٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صفة] ، بدون الباء .

(٤) في (م) : [أن يكون] .

(٥) في (م) ، (ع) : [العام] ، مكان : [العامل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعاملين] ، مكان : [لعاملين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فيما يتقوم] ، بدون : [لا] .

(٨) قاعدة : « ما لا يضمن بمثله لا يجوز السلم فيه إذا لم يعرف قدره بغيره » .

١٣١٤٣ – فإن قيل : القسي من أنواع مختلفة إذا زاد القِرْف على الخشب كان أفضل من زيادة الخشب [١] ، ويمكن وصفه حتى يحمل على تساوي الأجزاء أو غلبها .

١٣١٤٤ – فإن قيل : المعنى فيه : أنه لا يثبت في الذمة مهرا ، لم نسلم ذلك في القسي ، فأما الجوهر فمسلَّم إلا أنه قد يثبت في الذمة مهرًا ما لا يجوز أن يثبت سلمًا [٢] ، كمهر المثل في العقد الصحيح .

١٣١٤٥ – ولأن فساد المهر لا يوجب فساد النكاح ، فجهالته لا تمنع [٣] ثبوته ، والسلم بخلافه ، ويبطل بتعليم [٤] القرآن يجوز أن يكون عندهم مهرًا ، ولا يجوز أن يكون سلمًا .

١٣١٤٦ – قالوا : قال البويطي : يجوز السلم في المنافع .

١٣١٤٧ – قلنا : ذاك إجارة بلفظ السلم ، كما قال : يجوز بيع المنافع ، بمعنى : يجوز إجارتها بلفظ البيع .

١٣١٤٨ – ولأن ما يجوز السلم فيه إذا لم يذكر سنه لا يجوز ، وإن ذكر سنه كالفهد والأسد جاز [٥] .

١٣١٤٩ – ولأنه سلم في حيوان ، كالسلم في غيره [٦] .

١٣١٥٠ – ولأن ما لا يجوز السلم فيه إذا كان رأس المال اللحم لم يجز ، وإن كان رأس المال غيره كالقسي جاز ، ويعني به : اللحم من جنس المسلم فيه [٧] .

١٣١٥١ – ولأنه إذا أسلم [٨] في رَبَاع مؤجل لم يخل أن يكون فيها رَبَاع عند العقد ، أو فيها لم يبلغ ذلك ، فإن تناول العقد الرَّباع في الحال فهو يصير عند حلول الأجل أكثر من رباع ، وإن تناول ما هو أنقص من ذلك وقع السلم في معدوم ، وقد

---

(١) في (م) ، (ع) : [القرب] ، مكان : [القرف] ، وهو تصحيف ، والخشب في المكانين بدون نقط . قال المطرزي : « والقِرْفَة : قشرة شجر يتداوي به وبها » ، وفي لسان العرب : « وكل قشر ، قِرْف بالكسر ، ومنه : قرف الرمانة ، وقرف الخبز الذي يقشر ويبقي في التنور » ، راجع المغرب ، « القاف مع الراء المهملة » ص ٣٧٩ ، لسان العرب ، مادة : « قرف » (٣٥٩٩/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [تسلمًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٤) قوله : [بتعليم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) لفظ : [جاز] غير واضح في (ص) .

(٦) لفظ : [البياع] غير واضح في (ص) .

(٧) لفظ : [فيه] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [إذا سلم] .

دللنا على أن ذلك لا يجوز .

١٣١٥٢ - وهذه المسألة مبنية على : أن الحيوان لا يضبط بالصفة الضبط الذي يصير به معلومًا في السلم ؛ لأن المقصود منه معاني [1] عن السن والسمن واللون وهو عظم الحلقة والقوة وقد يضيق الحيوان في السن ، والغلة والعبالة [2] ، وكثرة الحمل وشدة السير ، فلم تستغرق [3] الصفة هذه المقاصد .

١٣١٥٣ - لا يسمي التفاضل في بني آدم ؛ بدلالة : قوله ﷺ : « ما من شيء يفضل الواحد منه ألفا من جنسه إلا الآدمي » [4] .

١٣١٥٤ - ولأنه يظهر من نفسه حالًا [5] ، وما هي عليه .

١٣١٥٥ - ولأن المنزلة المطلوبة من الحيوان لا تعلم إلا بالاختيار [6] وذلك لا يأتي الوصف عليه .

١٣١٥٦ - فإن قيل : فرض اللّٰه على بني إسرائيل ذبح [7] بقرة ووصَفَهَا ، فصارت معلومة لهم .

١٣١٥٧ - قلنا : الصفات المفروضة التي كانت عليهم تضبط بالصفة ، ولم يكن المقصود من الإيجاب كل الصفات التي لا تأتي الصفة عليها ، وهذا مقصود في السلم .

١٣١٥٨ - وقوله ﷺ - : « لا تصف المرأة المرأة [8] لزوجها حتى كأنه شاهدها » [9] - لا دلالة فيه ؛ لأن الغرض في صفات النساء ذكر ما يتعلق قلب الرجل به من الحسن ، وهذا يمكن وصفه ، والمقصود في السلم ما يزيد على ذلك [10] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [معاينا] ، وفي (ص) : [كذلك] ، بدون نقط .

(٢) في (ص) : [الغبالة] ، وكذلك (م) بدون نقط ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) : [فلم يستغرق] .

(٤) لم نجد هذا الحديث .

(٥) في (م) : [مالا] .

(٦) في جميع النسخ : [لا يعلم] ، والصواب : [لا تعلم] ، وفي (ص) : [الأخبار] ، مكان : [الاختيار] .

(٧) لفظ : [ذبح] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لفظ : [المرأة] الثاني ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) أخرجه أحمد في المسند (٣٨٠/١) ، والبخاري في الصحيح « كتاب النكاح » ، « باب لا تباشر المرأة المرأة » (٢٦٧/٣) .

(١٠) قوله : [على ذلك] ساقط من (م) ، (ع) .

١٣١٥٩ – قالوا : فقد أوجب اللّٰه تعالى الحيوان في الزكاة والديّة ، فدل على أنه معلوم .

١٣١٦٠ – قلنا : الصفات التي علق اللّٰه تعالى [1] الوجوب بها لا يجوز الاقتصار عليها في السلم .

١٣١٦١ – فإن قيل : بيع الحيوان المشاهد جائز وإن لم تدل المشاهدة [2] على الصفات الباطنة من الفرق اليسير [3] .

١٣١٦٢ – قلنا : كما يجوز في صبرة مشاهدة مجهولة القدر ، فلا يجوز السلم كذلك [4] ويجوز ابتياع القسي والغالية ، ولا يجوز السلم فيها .

١٣١٦٣ – فإن قيل : لو أسلم في العصافير لم يجز عندكم ، وهي لا تختلف ولا تتفاوت [5] .

١٣١٦٤ – قلنا : إذا ثبت في الحيوان المختلف ثبت في العصافير بالإجماع .

١٣١٦٥ – ولأن العصافير لا يجوز السلم [فيها] ؛ لأنها لا تتباين [6] في العادة ولا يحبس المتوالد ، والسلم فيها في معنى السلم في المعدوم ، وإذا ثبت أن الحيوان لا تُضْبَطُ صفته لم يجز [7] السلم فيه ، كالرؤوس ، والأكارع ، والقسي ، وهذه الطريقة أكثر أصحابنا عليها .

وقد حكى عمرو بن أبي عمرو [8] ، عن محمد : أنها تُضْبَطُ بالصفة ، وقال : وصف شاة أسهل من وصف ديباجة ، وإنما امتنعت من السلم للآثار .

١٣١٦٦ – احتجوا : بما روى عطاء بن يسار ، عن أبي رافع « أن النبي ﷺ

---

(١) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الشهادة] .

(٣) في (م) : [من الغريق السير] ، وفي (ع) : [من الفريق السير] ، وفي (ص) غير واضح ، يبدو أنه مصحف ؛ لأنه هكذا لا يستقيم المعنى .

(٤) في (ص) : [لذلك] .

(٥) في (م) : [لا يختلف ولا يتفاوت] .

(٦) ما بين المعكوفتين مزيد من (م) ، (ع) ، ولفظ : [لا تتباين] غير واضح في (ص) .

(٧) في (ع) : [لا يجز] .

(٨) عمرو بن أبي عمرو ، من أصحاب محمد بن الحسن ، وقال الصيمري : هو جد أبي عروبة الحراني . راجعه في : أخبار أبي حنيفة « ذكر أصحاب أبي يوسف وزفر ، ومحمد بن الحسن » ص ١٦٤ ، الجواهر المضية (٦٧٧/٢) ، الترجمة (١٠٨٤) .

استسلف من رجل بِكْرًا فجاءته إبل من الصدقة فأمرني أن أقضيه إياه » [١] .

١٣١٦٧ - قالوا : ومعنى استسلف : استقرض .

١٣١٦٨ - قلنا : هذا القرض لم يكن دينًا في ذمته ؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز أن يقضيه من الصدقة ، وهي محرمة ، فيحتمل : أن يكون استسلف زكاته ، فحال الحول ولا زكاة على السلف ، فقضاه من حق الفقراء ، أو يكون [٢] : استقرض للمسلمين ، فثبت القرض في بيت المال ، ولم يثبت في ذمته ، فجاز أن يثبت مع الجهالة ، كما يثبت المجهول لبيت المال .

١٣١٦٩ - قالوا : روى عبد اللّٰه بن عمرو ﷺ[٣] « أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشًا ، قال عبد اللّٰه : وليس عندنا ظهر ، قال : وأمرني أن أبتاع ظهرًا إلى خروج المصدق ، فابتعت البعير بالبعيرين [وبالأبعرة ، إلى خروج المصدق بأمر رسول اللّٰه ﷺ] » [٤] .

١٣١٧٠ - قلنا : هذا الخبر ذكره في السنن ، وفيه : « فأمره أن يأخذ من قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين [إلى إبل الصدقة » [٥] ، ومعنى هذا : أنه أمره أن يستسلف من أرباب الأموال الزكاة وأخذ البعير الكبير الذي يصلح للقتال بالبعير] [٦] من أسنان الصدقة ، وهذا جائز عندنا .

١٣١٧١ - فإن ثبت قوله : « فأمرني أن أبتاع ظهرًا » ، فمعناه : آخذ من أرباب الأموال البعير بالبعير ، وسمى ذلك بيعًا ؛ لأن البيع صرف شيء إلى شيء ، ويجوز أن يكون : فآخذ ذلك من أهل الحرب ، والربا معهم جائز ، وقد كان يستعين بهم وبأموالهم في الحروب ، فيجوز أن يبتاع منهم ؛ ألا ترى : إلى ما روي : « أن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند « كتاب الاستقراض » (١٧٠/٢) ، الحديث (٥٩٤) ، والأم « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٧/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ويكون] .

(٣) قوله : [لبيت المال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي جميع النسخ : [عبد اللّٰه بن عمر] ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٤) أخرجه الدارقطني باختلاف يسير في السنن « كتاب البيوع » (٦٩/٣) ، الحديث (٢٦١) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة » (٥/ ٢٨٧ ، ٢٨٨) ، وعبد الرزاق ، في المصنف ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحيوان بالحيوان » (٢٢/٨ ، ٢٣) ، الحديث (١٤١٤٤) .

(٥) تقدم تخريجه بهذا اللفظ في مسألة (٥٧٨) ، هامش (٢٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

كتب (1) إلى يهود قينقاع : نحن وأنتم من أهل الكتاب ، فإما أن تعينونا على قتال أهل الشرك ، أو تعيرونا » (2) ، فاستعان بهم واستعار منهم ، وكذلك يجوز أن يكون ابتاع منهم ، ويجوز أن يكون ابتاع لبيت المال ، بدليل : أنه شرط قضاءه من الصدقة ، وديون النبي ﷺ لا تقضي منها ، ويجوز أن يثبت الولى لبيت (3) المال حقوقا مجهولة ، ولهذا جعل الأجل مجهولًا ، وهو خروج المصدق .

۱۳۱۷۲ - فإن قيل : إذا شرط قضاء القرض من مال بعينه لم يتعلق به ، كذلك قضاء الدين .

۱۳۱۷۳ - قلنا : ذلك لأنه يثبت في الذمة ههنا مايثبت في ذمته ، فثبت في بيت المال .

١٣١٧٤ - قالوا : خروج المصدق كان أجلًا معلومًا ؛ لأنه كان يخرج في المحرم .

١٣١٧٥ - قلنا : هذا كقدوم الحاج الذي يجوز (4) أن يتقدم أو يتأخر ، كالحصاد .

١٣١٧٦ - قالوا : روي عن عليٍّ (ﷺ) : « أنه باع جملًا يقال له : عصيفير بعشرين بعيرًا إلى أجل » (5) .

١٣١٧٧ - ورُوِيَ : « أن عبد اللّٰه بن عمر ﷺ اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالرَّبذة » (6) .

۱۳۱۷۸ - وروي عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن (7) عبد اللّٰه بن مسعود ﷺ : « أسلم في وُصَفاء أحدهم ، أبو زائدة مولانا » (8) ، « وسئل عبد اللّٰه بن عمر عن السلم

---

(1) لفظ : [كتب] ساقط من (ع) .

(2) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٨) ، هامش (٢٥) .

(3) توجد كلمة بعد لفظ : [يثبت] ساقطة من صلب (ص) مستدركة في الهامش وغير واضحة ، ولعلها هذه الكلمة المثبتة بين القوسين ، ولفظ : [لبيت] ساقط من (م) ، (ع) .

(4) لفظ : [يجوز] ساقط من (م) ، (ع) .

(5) في (م) ، (ع) : [بعشر] ، مكان : [بعشرين] ، وهو خطأ . وقد تقدم تخريجه في المسألة (٥٧٨) ، هامش (٣٤) .

(6) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٨) .

(7) في سائر النسخ : [القاسم بن محمد] ، والصواب ما أثبتنا من الأم ، والسنن الكبرى للبيهقي ، وفي (م)، (ع) : [بن] ، مكان : [عن] .

(8) في (م) ، (ع) : [وظائف أحدهما] ، مكان : [وصفاء أحدهم] . والوُصَفاء : جمع الوصيف ، وهو الغلام ، والجارية وصيفة ، وجمعها : وصائف . راجع : المغرب ص ٤٨٦ ، المصباح المنير ، مادة : =

في الوصائف ، ، فقال : لا بأس به » (١) .

١٣١٧٩ - وروى ابن جريج ، عن عطاء ، عن ابن عباس ﷺ : « أنه لم ير بذلك بأسًا » (٢) .

١٣١٨٠ - والجواب : ما روي أن عمر ﷺ خطب الناس ، فقال : « إن الناس يقولون : إن عمر أعلم الناس بأبواب الربا ولئن كنت أعلمكم بها ، لأحب إليَّ من مصر وكورها / إلا أن من الربا أبوابا (٣) لا يخفين على أحد ، منها : السلم في السن (٤) ، وبيع الذهب بالورق عن تأخر » (٥) .

١٥٣/ب

١٣١٨١ - وروى شعبة ، عن قيس [بن مسلم ، عن طارق بن شهاب] (٦) قال : « أسلم زيد بن خليدة إلى عتريس بن عرقوب في قلائص (٧) كل قلوص بخمسين ، فلما جاء الأجل جاءه فأعطاه ، فأتى ابن مسعود لينظر فنهاه عن ذلك ، فأمره أن يأخذ رأس ماله » (٨) .

١٣١٨٢ - وروى شعبة ، عن عمار الذهبي ، [عن سعيد بن جبير] قال : « كان

= « وصف » (٦٣٢/٢ ، ٦٣٣) . وهذا الأثر : رواه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، في « من رخص في السلم في الوصفاء وفي الحيوان » (١٩٥/٥) ، الأثر (١) ، وذكره الشافعي في الأم « باب الاختلاف في أن يكون الحيوان نسيئة (١٢١/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من أجاز السلم في الحيوان » (٢٣/٦) .

(١) سيأتي تخريج هذا الحديث مطولًا في هامش (٦٤) من هذه المسألة .

(٢) لم نقف على هذا الأثر من هذا الوجه بعد . وقد أخرجه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ في المصنف (١٩٦/٥) ، الأثر (١٠) .

(٣) من قوله : [قال أصحابنا لا يجوز السلم في الحيوان] إلى قوله : [لأحب إليَّ من مصر وكورها] غير واضح في (ص) لسوء التصوير ، ولفظ : [الربا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) : [أبواب] بالرفع ، وفي (ع) : [أبواب الربا] ، بالتقديم والتأخير .

(٤) في جميع النسخ : [السنين] ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٥) في (م) ، (ع) : [غير] ، مكان : [عن] ، وفي (ع) : [متأخر] ، مكان : [تأخر] . أخرجه محمد في كتاب الحجة « كتاب البيوع » ، « باب ما يكره من بيع الرقيق والحيوان » ، وعبد الرزاق وأثر عمر في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب السلف في الحيوان » (٢٦/٨) ، الأثر (١٤١٦١) ، وابن أبي شيبة مختصرًا في المصنف « كتاب البيوع » ، في « من كرهه » (١٩٧/٥) ، الأثر (٤) ، والبيهقي في الكبرى (٣٢/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٧) في سائر النسخ : [أسلم زيد بن خليفة إلى عمر ليس لك غير قوت في قلائص] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . والقلائص ، جمع قَلُوص : وهي الناقة الشابة ، وتجمع على قِلاص وقُلص أيضًا . راجع : المغرب ، مادة : « قلص » ص ٣٩١ ، النهاية (١٠٠/٤) ، المصباح المنير (٤٨٨/٢) .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٤/٨) ، الحديث (١٤١٤٩) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب استقراض الحيوان » (٦٣/٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٩٧/٥) الأثر (٣) .

حذيفة يكره السلم في الحيوان » [١] .

١٣١٨٣ - وعن أبي نضرة أنه سأل [٢] ابن عمر عن السلف في الوصائف ، فقال : لا بأس به ، فقلت : إن أمراءنا ينهون عن ذلك ، قال : فأطيعوا أمراءكم ، قال : وأمراؤنا [٣] يومئذ عبد الرحمن بن سمرة ، وأصحاب النبي ﷺ [٤] .

١٣١٨٤ - ذكر هذه الأخبار التي [٥] بعد حديث عمر ﷺ الطحاوي .

١٣١٨٥ - وذكر أصحابنا عن عليّ ، وجابر ، وابن عباس والحكم بن عمرو الغفاري ﷺ مثل قولنا [٦] .

١٣١٨٦ - فأما خبر ابن عمر ﷺ فالصحيح : « أنه ابتاع بعيرًا بأربعة أبعرة مضمونة بالربذة » ، وهذا بيع الغائب وشرطُ الضمان ؛ لأن من مذهب ابن عمر ﷺ : أن البائع لا يضمن البيع إلا بالشرط ، وأكثر أحوال هذه الروايات أن تدل على أن في [٧] هذه المسألة خلافًا بين [٨] الصحابة ، فلا يستدل بقول بعضهم .

١٣١٨٧ - قالوا : كل عين صح أن تكون في الذمة مهرًا صح أن تكون في الذمة سلمًا ، كالثياب [٩] .

١٣١٨٨ - قلنا : السلم في الحيوان عندنا ربا ، وكل مهر [١٠] [على ملك المالك إن

---

(١) الزيادة : من معاني الآثار للطحاوي ، وفي جميع النسخ : « خدعة » ، مكان : « حذيفة » ، والصواب ما أثبتناه من معاني الآثار . وهذا الأثر : أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ ، في المعاني ، الباب السابق (٤/٦٣) ، وابن أبي شيبة مطولًا بمعناه في المصدر السابق ، الأثر (٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عن ابن بصرة] ، مكان : [وعن أبي نضرة] ، وفي جميع النسخ : [سأل عن] ، بزيادة : [عن] ، والصواب ما أثبتناه بحذف : [عن] .

(٣) في سائر النسخ : [وأميرنا] ، والصواب ما أثبتناه في كتب الحديث .

(٤) أخرجه الطحاوي في المصدر السابق ، وابن أبي شيبة في المصنف ، « كتاب البيوع والأقضية » ، في « من رخص في السلم في الوصفاء وفي الحيوان » ، وفي : « من كرهه » (٥/١٩٦ ، ١٩٧) ، الأثر (١٠ ، ١١)

(٥) في (ص) ، (م) : [الذي] ، وهو ساقط من (ع) ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ع) : [عمر الغفاري] . وقد تقدم تخريج آثار هؤلاء الصحابة ، خلا أثر جابر ﷺ في مسألة (٥٧٨) ، ولم نهتد إلى أثر جابر (ﷺ) بعد .

(٧) في (م) ، (ع) : [يدل] ، مكان : [تدل] ، ولفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] .

(٩) قاعدة : « كل عين صح أن تكون في الذمة مهرًا صح أن تكون في الذمة سلمًا » .

(١٠) في (ص) : [شيء] ، مكان : [مهر] .

كان عينا] [١] ، فأما الدين فهو في مقابلة البضع ، وذلك لا يثبت فيه الربا .

١٣١٨٩ - ولأن المانع من ثبوت الحيوان في الذمة الجهالة ، وعقد النكاح سومح فيه في باب الجهالة ؛ ألا ترى : أنه يعقد على امرأة غير مشاهدة ولا موصوفة ، ومثل هذا لا يجوز في السلم ، فلما سومح بالجهالة في أحد عوضي النكاح سومح في الآخر ، والسلم بخلافه .

١٣١٩٠ - ولأن الثابت في الذمة هو الذي يلزم من عليه الحق تسليمه مع بقاء العقد ، والمهر يخير فيه الزوج عندنا ، إن [٢] شاء سلمه ، وإن شاء [رجع بفعله] [٣] عن حقه ، فكيف يسلم ثبوته في الذمة على الإطلاق ، والمعنى في الثياب : أن مقدارها يعرف .

١٣١٩١ - قالوا : جنس معلومة ، فصح أن يكون الحيوان عوضًا لأن الذمة فيه [٤] أمثله الأنكحة ، والكتابة ، والصلح من دم العمد ، والخلع .

١٣١٩٢ - قلنا : قد بينا الفرق بين البيع وغيره ؛ لأن الربا لا يثبت في غير الأموال ومنافعها ، وفي النكاح : المال في مقابلة [٥] الاستباحة ، والكتابة تثبت [٦] الحيوان بدلًا عن العتق ، وفي الصلح عن دم العمد بدلًا عن القصاص ، فلا يثبت في ذلك الربا .

١٣١٩٣ - ولأن النكاح ينعقد صحيحًا من غير [٧] بدل ، فيجوز أن ينعقد ببدل لا يستقر في الذمة ، والبيع [٨] بخلافه .

١٣١٩٤ - وأما الخلع فهو في معنى النكاح ولأن الزوج يملك بالنكاح البضع ، والمرأة تملك عليه بالخلع [٩] .

١٣١٩٥ - وأما الصلح فيجوز أن يثبت الحيوان فيه بدلًا من طريق الحكم ، فجاز أن يثبت بالعقد ، ولا يثبت بالحيوان في السلم حكمًا ، ولا يثبت بالعقد .

---

(١) ما بين القوسين بدل العبارة المضطربة الواردة في النسخ جميعها ، ولفظها : « وكل مهر ملك الملك إن نافع الملك » .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإن] ، بزيادة الواو .

(٣) ما بين القوسين زائد ليستقيم المعنى .

(٤) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) لفظ : [مقابلة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ص) : [ثبت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بغير] ، مكان : [من غير] .

(٨) في (م) ، (ع) : [البيع] بدون الواو .

(٩) في (م) ، (ع) : [البضع] ، مكان : [الخلع] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخري .

١٣١٩٦ - فأما الكتابة فهي عقد المولى مع عبده والربا ليس [1] بينهما ؛ ولأن المال عوض عن العتق ، والربا لا يثبت في ذلك .

١٣١٩٧ - قالوا : كل ما وجب فيه الزكاة جاز السلم فيه ، كالحبوب .

١٣١٩٨ - قلنا [2] : الحبوب يعلم قدرها بغيرها ، فإذا جاز بيعها جاز السلم فيها ، والحيوان مختلف لا يعرف قدره بغيره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ليست] .

(٢) في (ص) : [لنا] ، مكان : [قلنا] .

مسألة ٦٦٢

استقراض ما لا مثل له

١٣١٩٩ - قال أصحابنا : لا يجوز استقراض ما لا مثل له (١) .

١٣٢٠٠ - وقال الشافعي : يجوز القرض في كل شيء جاز (٢) بيعه ، إلا الجواري اللاتي لا يحل للمستقرض وطؤهن (٣) .

١٣٢٠١ - لنا : أن ما لا يلزم شيء مثله لا يجوز استقراضه ، كالسباع .

١٣٢٠٢ - ولأن كل تمليك (٤) يصح [يصح في الجوارى يصح] فيما يجوز استباحته (٥) منهن بالبيع ، فلذا لم يصح استقراضهن .

ولأنه كالعين المأخوذة ، ولهذا لا يجوز تأجيله ، كما لا يجوز تأجيل الأعيان ، وما لا مثل له لم يضمن بقيمته ولا يصح أن يجعل المردود كالعين المأخوذة .

١٣٢٠٣ - واحتجوا : بما روى أبو رافع « استسلف رسول الله ﷺ بكرًا (٦) ، فجاءته إبل [من] الصدقة ، [قال أبو رافع] : فأمرني [رسول الله ﷺ] أن أقضي

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة ، « فصل ، قرض مال بمثله » (٤١٦/١) ، مسألة (٢٣١٩-٢٣٢١) .

(٢) في جميع النسخ : [من كل شيء] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، أو : [بكل شيء] ، وفي (ص) : [جائز] ، مكان : [جاز] .

(٣) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « باب القرض » ، « فصل : ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع » ، و« فصل : ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ١٩٦ » (١٦٨/١٣ ، ١٦٩) ، حلية العلماء « باب القرض » (٣٩٥/٤ - ٣٩٧) ، المدونة « جامع القرض » (١٣٠/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب حكم السلف وهو القرض » (٧٢٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في السلف وهو القرض » ص٢٩٥ الكافي لابن قدامة « باب القرض » ، « فصل : ويصح قرض كل ما يصح السلم فيه » (١٢٢/٢ ، ١٢٣) ، المغني « باب القرض » : « فصل : ويجوز قرض المكيل والموزون » ، وفصل : فأما بني آدم » (٣٥٠/٤ ، ٣٥١) ، الإنصاف « باب القرض » (١٢٣/٥ ، ١٢٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [تملك] .

(٥) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ بلفظ : [في المماليك صح] ، وفي (ص) : [استباعته] ، بدل : [استباحته] .

(٦) في جميع النسخ : [لرسول الله] ، بزيادة اللام ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . والبكرُ ، بالفتح : الفتيُّ من الإبل ، والجمع : أبكُر وبكار . راجع : المغرب « الباء مع الكاف » ص٤٩ ، النهاية (١٤٩/١) ، المصباح المنير ، مادة : « بكر » (٥٩/١) ، المعجم الوسيط (٦٦/١) .

الرجل بِكرةً ، فقلت : « لم أجد في الإبل إلا جملًا خيارًا رباعيًا [1] ، فقال رسول اللّٰه ﷺ اعطه [إياه] ، فإن خيار الناس أحسنهم قضاء » [2] .

١٣٢٠٤ - قلنا : هذا كان قبل تحريم الربا ، وقد كان يجب [3] في الحيوان المثل .

١٣٢٠٥ - وقد روي : « أن رجلا وطئ جارية امرأته فقضي النبي ﷺ بمثلها » [4] ، ثم نسخ ذلك ، ووجب في المتلفات التي ليس لها مثل [5] القيمة ، ففي الحال التي كان الحيوان يضمن بمثله كان يجوز قرضه .

١٣٢٠٦ - ولأن النبي ﷺ لا يجوز له أن يقترض لنفسه ويقضي من الصدقة ؛ لأنها محرمة عليه ، فثبت أنه استقرض [6] لبيت المال ، وذلك يثبت مع الجهالة ، ألا ترى : أن [7] العامل يجوز أن يشترط له سهم [8] من الصدقة ، ولا يجوز في الإجارات مثل ذلك .

١٣٢٠٧ - فإن قيل : ليس يمتنع أن يكون لقرض نفسه ، ثم استقرض من الزكاة ، فقضاه .

---

(١) في (ص) : [لم أجد من الإبل إلا إبلًا مامًا رباعًا] ، وفي (م) ، (ع) : [لم آخذ من الإبل إلا أثلاثًا بأرباع] ، والمثبت من كتب الحديث . والرَّبَاعي : وهو من الإبل الذي دخل في السابعة ، والرباعيات : من الأسنان التي تلي الثنايا ، قال ابن الأثير : « يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته : رباع ، والأنثى : رباعية بالتخفيف ، وذلك إذا دخلا في السنة السابعة » . راجع : المغرب « الراء مع الباء الموحدة » ص١٨١ ، النهاية (١٨٨/٢) ، لسان العرب ، مادة « ربع » (١٥٦٧/٤) .

(٢) الزيادات ، ولفظ : [رسول اللّٰه] الأخير من موطأ مالك ، وفي جميع النسخ مكانه : [النبي] . والحديث رواه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز من السلف » (٦٨٠/٢) ، الحديث (٨٩) ، والشافعي في الأم « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٧/٣) ، وفي المسند « كتاب الاستقراض » (١٧٠/٢ ، ١٧١) ، الحديث (٥٩٤ ، ٥٩٥) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه » (١٢٢٤/٣) ، الحديث (١١٨ / ١٦٠٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في حسن القضاء » (٢٤٣/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في استقراض البقر أو الشيء من الحيوان أو السن » (٦٠٠/٣) ، الحديث (١٣١٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يجب] .

(٤) هذا الحديث : أخرجه الطحاوي بلفظ : « أن رجلًا زنا بجارية امرأته ، فقال النبي ﷺ : « إن كان استكرهها فهي حرة ، وعليه مثلها ، وإن كانت طاوعته فعليه مثلها » ، في المعاني « كتاب الحدود » ، « باب الرجل يزني بجارية امرأته » (١٤٤/٣) .

(٥) لفظ : [مثل] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [التي لها مثل] ، ولعل الصواب بزيادة : [ليس] ، أي : التي ليس لها مثل ؛ لأن القاعدة عند الفقهاء ، المثلي يضمن بالمثل ، والقيمي بالقيمة .

(٦) في (ص) : [أن الاستقراض] ، مكان : [استقرض] .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (م) ، (ع) : [منهم] ، مكان : [سهم] .

١٣٢٠٨ - قلنا : إذا لم تحل [1] له لم يجز أن يقترضها ، ولهذا أخذ التمرة [2] من فم الحسن فألقاها [3] ، ولم يتركه يأكلها ويعوض مثلها .

١٣٢٠٩ - فإن قيل : إنما يثبت في ذمة النبي ﷺ ولو أن القرض لبيت المال ، وإلا فكيف يثبت الدين في بيت المال ؟ .

١٣٢١٠ - قلنا : كما يثبت في [حق الولى ، أو] [4] كما تثبت الجناية في رقبة العبد .

١٣٢١١ - قالوا : فكيف يقضيه أفضل من ماله وهو تبرع [5] بمال الفقراء ، .

١٣٢١٢ - قلنا : يجوز أن يكون القرض من صنف الصدقة بوضع [6] الفضل فيه ، فوضع الفضل فيه [7] .

١٣٢١٣ - قالوا : كل ما صح أن يكون في الذمة مهرًا صح أن يكون فيها قرضًا ، كالثياب .

١٣٢١٤ - وقد أجبنا عن هذه العلة في المسألة التي قبل هذه .

١٣٢١٥ - قالوا : ما صح أن يستقرضه لبيت المال صح أن يستقرضه لنفسه ، كالدراهم .

١٣٢١٦ - قلنا : قد بينا أن بيت المال يثبت له حقوق مجهولة ، فلذلك يثبت عليه ، والذمم بخلاف هذا ، ويجوز أن يعجل لبيت المال ببدل المسلم فيه [8] وإن لم يجز لغيره ، ولذلك [9] يجوز استقراض المجهول له ، وإن لم [10] يجز لغيره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يحل] . (٢) في (م) ، (ع) : [الثمرة] .

(٣) هذا الواقعة رواها البخاري في الصحيح ، في « الزكاة » ، « باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ » (٢٦٠/١) ، وفي « الجهاد والسير » ، « باب من تكلم بالفارسية » (١٨٢/٢) ، ومسلم نحوه في الصحيح « كتاب الزكاة » ، « باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله » (٧٥١/٢) ، الحديث (١٠٦٩/١٦١) ، والدارمي في السنن « كتاب الزكاة » ، « باب الصدقة لا تحل للنبي ﷺ ولا لأهل بيته » (٣٨٧/١) وأحمد في المسند (٢٠٠/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [دله] وفي (ص) : [دعر] ، وما بين القوسين بدل من : « دله البيت هو » الذي لا يتعلق به معنى . (٥) في (ع) : [يتبر] .

(٦) في جميع النسخ : [صنعًا] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [موضع] ، مكان : [بوضع] .

(٧) قوله : [فوضع الفضل فيه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يجوز أن يعجل لبيت المال لحرس التمول فيه] ، وفي (ص) بحرس للتمول فيه ، وقد أبدلنا هذا كله بما أثبتناه بين القوسين حرصا على المعنى .

(٩) في (ص) : [وكذلك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بأحد] وكذلك في (ص) بدون نقط ، ولفظ : [لم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وبالجملة والعبارة : من قوله : [ولا يجوز أن يعجل] إلى آخره غامضة ، ولا تعدل معنىً مستقيمًا .



السلم في رأس المال الذي يتعلق العقد على قدره

١٣٢١٧ - قال أبو حنيفة : إذا كان رأس المال مما يتعلق العقد [١] على قدره لم يصح السلم حتى يسمى قدره وإن أشار إليه ، فإن كان مما لا يتعلق العقد على قدره جاز السلم إذا شاهد عينه وإن لم يعرف مقداره ، كالثوب [٢] .

١٣٢١٨ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز حتى يكون معروف القدر والصفات ، وسواء كان ثوبًا أو غيره ، وهل يجوز أن يكون مما لا يجوز السلم فيه ؟ قولان .

وقال في القول الآخر : يجوز إذا كان معينًا وإن لم يعرف قدره [٣] .

١٣٢١٩ - لنا : قوله ﷺ « لا ربا إلا في النسيئة » [٤] .

١٣٢٢٠ - ولأنه بدل في السلم فجاز أن تكون معرفة قدره شرطًا [٥] . أصله : إذا

---

(١) لفظ : [العقد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) اشترط أبو حنيفة ﷺ في جواز السلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر - كالمكيلات ، والموزونات ، والمعدودات المتقاربة - بيان قدر رأس المال . راجع : تحفة الفقهاء ، في « شرائط جواز السلم » (٩/٢ ، ١٠) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الركن » (٢٠١/٥ ، ٢٠٢) ، الهداية مع البناية (٤٤٣/٧ ، ٤٤٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٩٠/٧ ، ٩١) .

(٣) قال المزني : « قلت : والذي اختاره الشافعي أن لا يسلف جزافًا من ثياب ولا غيرها ، ولو كان درهمًا حتى يصفه بوزنه وسكته » . راجع : مختصر المزني « باب السلم » ص٩٠ ، ٩١) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب السلم » ، « فصل : ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم » (١٣٣/١٣ - ١٣٦) ، حلية العلماء « باب السلم » (٣٧٧/٤) ، المدونة ، في « التسليف في الرؤوس والأكارع » وفي « التسليف في الحيتان والطير » (١٢٥/٣) ، المنتقى « الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرًا » (٢٩٦/٤) ، التفريع ، الباب السابق (١٣٤/٢ ، ١٣٥) ، بداية المجتهد « كتاب السلم » (٢٢١/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب السلم » (٢٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب العاشر في السلم » ص٢٧٢ ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق « فصل : الشرط الثاني » (١١١/٢) ، المغني « مسألة : إذا كان بكيل معلوم إلخ » (٣١٨/٤ ، ٣٢٠) ، الإنصاف « باب السلم » (١٠٦/٥) .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الدينار بالدينار نسأ » (٢١/٢) ، ومسلم بلفظ : « الربا في النسيئة » ، وبلفظ : « إنما الربا في النسيئة » ، في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب بيع الطعام مثلًا بمثل » (١٢١٧/٣ ، ١٢١٨) ، الحديث (١٠١ ، ١٥٩٦/١٠٢) .

(٥) في سائر النسخ : [شرط] ، والصواب ما أثبتناه .

كان في الذمة .

١٣٢٢١ - فإن قيل : إذا كان في الذمة فهوغير معلوم بالمشاهدة .

١٣٢٢٢ - قلنا : لا يمتنع أن يعلم الشهادة بغير معرفة مقداره ، كقرض [1] رأس مال المضاربة .

١٣٢٢٣ - ولأنه أحد بدلي [2] عقد السلم ، فوجب أن يكون معرفة ما يتعلق بالعقد على مقداره منه شرطًا [3] . أصله : المسلم فيه .

١٣٢٢٤ - فإن قيل : لا يصح اعتبار رأس المال بالمسلم فيه ؛ لأن الثوب إذا كان السلم فيه وجب اعتبار قدره ، ولو كان رأس المال مالا [4] لم يجب .

١٣٢٢٥ - قلنا : لأنه إذا كان رأس مال لم يتعلق العقد على مقداره ، وإذا كان مسلمًا فيه تعلق العقد على قدره .

١٣٢٢٦ - ولأن كل ما شرط في السلم معرفة قدره إذا كان رأس المال في الذمة . فإنه شرط ، وإن أشير إلى دراهم بعينها [5] . أصله : قدر المسلم فيه .

١٣٢٢٧ - ولأنه عقد يقصد [6] فيه الرفق بتأخير أخذ بدله ، فوجب أن يكون معرفة مقدار الأجل شرطًا . أصله : القرض .

١٣٢٢٨ - ولأن كل غرر وجهالة يجوز أن يطرأ على عقد السلم ، [يكون وصفه] [7] شرطًا ، كما لو أسلم بمكيال رجل بعينه . ومعلوم أنه إذا أسلم دراهم لا يعرف قدرها جاز أن يستحق بعضها ، فلا يدري كم القدر الذي صح العقد فيه ، ويجوز أن يكون [8] بعضها زيوفًا أو سُتوقة [9] ، فلا يعلم مقدار الباقي من المسلم فيه ، فوجب أن تنتفي هذه الجهالة عن العقد بذكره [10] مقدار الدراهم .

---

(١) في جميع النسخ : [كالقرض] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [بدل] .

(٣) في جميع النسخ : [شرط] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) ، (م) : [مال] ، وهي زائدة لا يتعلق بها معنى .

(٥) قاعدة : « كل ما شرط في السلم معرفة قدره إذا كان رأس المال في الذمة فإنه شرط ، وإن أشير إلى دراهم بعينها » .

(٦) في (م) ، (ع) : [يعضد] .

(٧) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ بلفظ : [ويمكن صفته] والأقرب للمعنى المستفاد من السياق ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [إن كان] ، مكان : [أن يكون] .

(٩) في (ع) : [ستوقه] . قال ابن منظور : « درهم سَتُّوق وسُتُّوق : زيف بهرج لا خير فيه ، وهو معرب ، وكل ما كان على هذا المثال فهو مفتوح الأول إلا أربعة أحرف ، جاءت نوادر ، وهي سبوح ، وقدوس ، وذروح ، وستوق ، فإنها تضم وتفتح » . راجع : لسان العرب ، مادة : « ستق » (١٩٣٦/٣) ، المعجم الوسيط (٤١٧/١) .

(١٠) في (م) : [ذكره] بدون الباء .

١٣٢٢٩ - ولا يلزم : إذا أسلم ثوبًا ؛ لأن الاستحقاق يقع في جزء منه شائع فبقي [١] الثاني بقدر ما لم يستحق من الثوب ، وهو معلوم .

١٣٢٣٠ - ولا يلزم إذا أسلم ثوبين في كر حنطة أن الاستحقاق يجوز أن يوجد في أحدهما ولا تعرف قيمته ، فيجهل مقدار ما بقي [٢] ؛ لأن هذه المسألة لا رواية فيها [٣] ، ومن اعتل بهذه العلة قال : السلم لا يجوز .

١٣٢٣١ - فإن قيل : يبطل إذا أسلم ثوبًا فاحترق بعضه في يد رب السلم ، فإنه لا يعلم جهة الباقي .

١٣٢٣٢ - قلنا : لا يمكن الاحتراز منه ؛ لأنه لا يجوز أن يضبط البدل [٤] على أجزاء معينة / بين الثوب ، وبين الثوبين حتى يمكن الاحتراز إن سمى [٥] حصة كل واحد منهما . ١٥٤/أ

١٣٢٣٣ - فإن قيل : يبطل إذا أسلم مائة في كر على أن يرد المسلم إليه [٦] ثوبًا بعينه . إذ يجوز أن يملك هذا الثوب ، فلا يدري كم يرد من جنسه ولا كم يبقى من دراهم رأس المال .

١٣٢٣٤ - قلنا : قد ذكر أن هذه المسألة وجدت في نسخ قديمة على الخلاف عند أبي حنيفة ، ولا يجوز .

١٣٢٣٥ - فإن قيل : الجهالة التي يجوز أن تطرأ إنما هي جناية عند الفسخ [٧] ، فلا يجوز حفظ العقد منها ، كما لو اشترى ثوبين بألف جاز أن يهلك أحدهما ويعين حصة الآخر مجهولة ، ولا يؤثر في العقد .

١٣٢٣٦ - قلنا : الجهالة في السلم يجب أن تنفي [٨] عنه مع بقاء العقد من كل

---

(١) في (م) : [فيفي] ، وكذلك في (ص) ، (ع) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن يؤخذ في أحدهما ولا يعرف قيمته فيجهل ما نفي] مكان المثبت .

(٣) قوله : [هذه المسألة لا رواية فيها] مكرر في هامش (ص) .

(٤) لفظ : [بدل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن يسمي] .

(٦) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يطري] ، مكان : [تطرأ] ، ولفظ : [جناية] غير واضح في (ص) ، (م) ، وفي (م) ، (ع) : [النسخ] ، مكان : [الفسخ] .

(٨) في (م) : [يبقى] وكذلك في (ع) بدون نقط .

المعقود عليه [١] وفي بعضه ، لأنه متى استحق بعض رأس المال فالجهالة قد حصلت في مقدار ما بقى .

١٣٢٣٧ - فأما البيع إذا هلك أحد العبدين فالجهالة لا تؤثر [٢] ، كما لا تؤثر الجهالة إذا باع بمكيال رجل بعينه وإن كان [٣] العقد لم يفسخ .

١٣٢٣٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » [٤] ، فأمر بمعرفة قدر المسلم فيه ، فلما كان يجب معرفة قدر أحدهما دل على أن الآخر في حكمه .

١٣٢٣٩ - قالوا : اتفقنا على أنهما لا يتساويان ؛ لأن المسلم فيه [٥] إذا كان ثوبًا وجب أن يصفه ، ولو كان رأس المال لم يجب أن يوصف .

١٣٢٤٠ - قلنا : الواجب أن يتساويا إلا فيما اتفقنا [٦] عليه .

١٣٢٤١ - ولأن صفات الثوب المسلم فيه معقود عليها ، وليست [٧] من رأس المال ؛ لأن العقد يقع على عينه ، فقد تساويا في أن [٨] معرفة مقدار ما يتناوله العقد معتبر فيهما .

١٣٢٤٢ - قالوا : عوض في عقد لا يقتضي رد مثله ، فوجب أن تغني مشاهدته عن معرفة [٩] مقداره ، كالثمن في بيوع الأعيان ، والصداق في النكاح ، والأجرة وإن كان رأس المال من جنس الثياب .

١٣٢٤٣ - قلنا [١٠] : يبطل إذا تصارفا ، فإن مشاهدة كل واحد من الطرفين لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [العقود عليه] . (٢) في (م) : [لا يؤثر] .

(٣) في (م) : [مكيال لرجل] ، وفي (ع) : [مكيالا لرجل] ، مكان : [بمكيال رجل] ولفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) هذا جزء من حديث ابن عباس ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٥) في (ع) : [والمسلم فيه] ، مكان : [لأن المسلم فيه] .

(٦) في (ص) : [اتفقا] .

(٧) في هامش (ص) : [وليست المعقود عليها] ، وفي (م) ، (ع) : [على المعقود عليها] ، بزيادة : [على] ، وقد حذفنا هذه العبارة لاضطراب المعنى بها .

(٨) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [معرفته] .

(١٠) في (ص) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] .

تغنى [١] عن معرفة مقداره إذا كان جنسًا واحدًا ؛ لأنه [٢] لابد أن يعلم أن يساوي الآخر ، وهذه [٣] معرفة مقدار المعنى في الثمن [٤] ، أن معرفة مقدار المبيع [٥] لا يعتبر في جميع الأحوال ، فلم يعتبر معرفة مقدار بدله في السلم بخلافه .

١٣٢٤٤ - ولأن البيع يجوز مع جهالة البدلين في الحال ، بدلالة : أن من باع ملء هذا الزنبيل [٦] بوزن هذا الحجر جاز ولا يجوز السلم ، فإنا لا نعرف مقداره ، كذلك لا يجوز بدله وزن [٧] هذا الحجر حتى لا يعرف مقداره .

١٣٢٤٥ - وأما الصداق : فيجوز مع جهالة القدر وإن كان دينًا . لأنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثبت لها مهر مثلها بالعقد عندنا وبالوطء عندهم ، ويجوز مع عدم البدل ، فجاز أن يصح مع جهالة مقداره [٨] .

١٣٢٤٦ - وكذا الأجرة في الإجارة لأنه لما جازت الإجارة مع ضرب من الجهالة في المنافع ؛ بدلالة : أنه يستأجر [٩] على نقل هذا الطعام ، كذلك يجوز مع جهالة مقداره ؛ وفي مسألتنا : لا يصح مع جهالة المسلم فيه ، كذلك جهالة مقدار ما يتعلق العقد على قدره [١٠] من رأس المال .

١٣٢٤٧ - فأما إذا كان رأس المال ثوبًا فذرعه صفة فيه وليس معقودًا عليه [١١] ، بدلالة : أن من اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر كان له . وإذا كان الذراع صفة فجهالته كجهالة مقدار الدراهم ، فلا يمنع من صحة السلم .

١٣٢٤٨ - وأما الوزن فهو : معقود عليه ، بدلالة : أن من باع دراهم [١٢] على أنها

---

(١) في جميع النسخ : [لا يغني] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) توجد عبارة في هامش (ص) بحذاء [واحدا] ، إلا أنها غير واضحة ، وقوله : [لأنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [هذا] .

(٤) في (ص) : [مقدار المعنى والثمن] .

(٥) في (ص) ، (م) : [البيع] .

(٦) قال ابن منظور : « والزبيل والزنبيل : الجراب ، وقيل : الوعاء ، يحمل فيه ، فإذا جمعوا قالوا : زنابيل ، وقيل : الزنبيل خطأ ، وإنما هو زبيل » ، في لسان العرب ، مادة : « زبل » (١٨٠٨/٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بدلالة] ، مكان : [بدله] ، وفي (ع) : [وزنه] بزيادة الهاء .

(٨) ما بين الأقواس زيادات مضافة لضرورات المعنى .

(٩) في (م) ، (ع) : [يستأجره] .

(١٠) في (ع) : [مقداره] .

(١١) في سائر النسخ : [معقود عليه] ، والصواب ما أثبتناه بالنصب .

(١٢) في (م) ، (ع) : [بدراهم] .

عشرة فوجدها أحد عشر ، فجهالتها كجهالة قدر المسلم فيه .

١٣٢٤٩ - قالوا : كل عوض لا يجب تقديره إذا كان من جنس الثياب ، لم يجب تقديره إذا كان من جنس المكيل والموزن ، كالقرض في البيع .

١٣٢٥٠ - قلنا : يبطل بالعقد إذا وقع على المكيل والموزون بجنسه ، ووجب اعتبار تقدير أحدهما بما يماثل الآخر ، كما لو شرط أكثر أو أقل فسد العقد .

* * *



مسألة ٦٦٤

السلم في اللحم

١٣٢٥١ - قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم [١] .

١٣٢٥٢ - وقال الشافعي : يجوز إذا سمى جنسه ، وأنه ذكر أو أنثى ، ومعلوف أو راعٍ ، ويذكر سن [٢] الحيوان وموضع اللحم من الشاة [٣] .

١٣٢٥٣ - لنا [٤] : أنه عضو من الشاة ، فلا يجوز السلم [٥] فيه ، كالرأس .

١٣٢٥٤ - ولأن المسلم فيه لا يجوز لغير الطبخ والشي [٦] ، فلا يجوز سلمه ، كالرأس .

١٣٢٥٥ - ولأنه لو أسلم [٧] ولم يبين السن ، لم يجز ، كذلك إذا بين السن . أصله : الرأس ، والأكارع . ولأنه سلم في اللحم ؛ فلم يجز كالمستوي ، وكلحم ما لا يؤكل لحمه .

١٣٢٥٦ - ولأن ما لا يجوز السلم فيه إذا لم يبين الذكر والأنثى لم يجز ، وإن

---

(١) قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم مع العظم الذي فيه أصلًا ، وفي منزوع العظم : عنه روايتان ، في ظاهر الرواية : لا يجوز وهو الصحيح ، وفي رواية الكرخي : يجوز . راجع : تحفة الفقهاء (١٥/٢) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما الذي يرجع إلى المسلم فيه » (٢١٠/٥ ، ٢١١) ، الهداية مع البناية (٤٣٥/٧ ، ٤٣٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٨٤/٧ ، ٨٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [سن] .

(٣) قال الشافعي في الأم : « من أسلف في لحم فلا يجوز فيه حتى يصفه » . راجعه في : الأم ، « في صفة اللحم وما يجوز فيه وما لا يجوز » (١١٠/٣) ، مختصر المزني « باب السلم » ص٩١ ، ٩٢ ، مختصر البويطي ، في « السلف » ، ورقة (٣٦ب) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٠٩/١٣ ، ١١٣ ، ١٢٤) ، حلية العلماء (٣٦٢/٤ ، ٣٦٨) ، المدونة ، في « التسليف في الرؤوس والأكارع » (١٢٥/٣) ، المنتقى « الباب الثاني في كونه موصوفًا » (٢٩٣/٤) ، التفريع « فصل ٧٤٩ : فيما يجوز فيه تأخير الثمن عن المثمن أو المثمن عن الثمن » (١٣٧/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٦٩٢/٢) ، بداية المجتهد « كتاب السلم » ، « الباب الأول في محله وشروطه » (٢١٨/٢) ، الإفصاح « باب بيع السلم » (٣٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة « فصل الشرط الخامس » (١١٤/٢) ، المغني « فصل : ويصح السلم في اللحم » (٣١٠/٤) ، الإنصاف « باب السلم » (٨٥/٥ ، ٨٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [لنا] .

(٥) لفظ : [السلم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في جميع النسخ : [الشيء] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يجوز قبله كالرأس ولأنه المسلم فيه لو أسلم] ، مكان المثبت .

بين [١] ، كالرأس .

١٣٢٥٧ - ولا يلزم الشحم والألية ؛ لأنها لا تختلف [٢] عندنا باختلاف العظام ، فلا يجوز [السلم] [٣] فيه ، كالرأس .

١٣٢٥٨ - ولا يلزم : السمك ؛ لأنه إن كان كبارًا لا يجوز السلم فيه في إحدى [٤] الروايتين ، وإن كان صغارًا لم يختلف بالعظم ؛ لأن عظمه يؤكل .

١٣٢٥٩ - ولا يلزم الألية أن ليس فيها عظم [٥] ؛ لأن ذلك لا يختلف ولا يتفاوت .

١٣٢٦٠ - فإن قيل [٦] : السلم في الرؤوس فيه قولان .

١٣٢٦١ - قلنا : إذا أسلم وزنًا ونحن نقيس عليها عددًا ونقيس على الرؤوس المستوية .

١٣٢٦٢ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم » [٧] .

١٣٢٦٣ - الجواب [٨] : أن النبي ﷺ [شرط أن يكون الوزن معلومًا ، فيستحيل] [٩] أن يعتبر فيها ولا يعتبر موزونًا معلومًا ، ونحن لا نسلم أن اللحم معلوم .

١٣٢٦٤ - قالوا : إذا ذكر نوع الحيوان ، وسنه ، وسمنه ، وأنه ذكر ، أو أنثى ، أو خصي ، أو فحل ، ومعلوف ، أو راع [١٠] ، وذكر موضع اللحم ، فإنه لا يختلف بعد ذلك اختلافًا يختلف الثمن لأجله ، وإن اختلف كان يسيرًا ، فهو كالشحم .

١٣٢٦٥ - قلنا : هذا يوجد في الرؤوس ، ولا يجوز السلم فيها عندنا مع وجود ما ذكروه ، وكذلك اللحم المشوي .

١٣٢٦٦ - وأما الشحم : فالمقصود منه السمن وكله سمن ، وليس فيه عظم ، واللحم يختلف باختلاف عظامه ورعيه وهزاله ، فلم يجز السلم فيه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن يبين] ، مكان : [وإن بين] .

(٢) في (م) : [لا يختلف] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) : [أحد] .

(٥) في هامش (ص) : [إن لم يكن] ، مكان : [أن] ، وفي جميع النسخ : [عظم] ، وقد جمعنا من ذلك ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [قالوا] ، مكان : [قيل] .

(٧) هذا جزء من حديث ابن عباس ؓ ، وقد تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) : [فحلًا ومعلوفًا] ، مكان : [فحل ومعلوف] وفي (ع) : [وذكرًا وأنثى أو فحلًا ومعلوفًا أو راعيًا] ، مكان المثبت .

مسألة ٦٦٥

السلم في الجوز والبيض

١٣٢٦٧ - قال أصحابنا ، إلا زفر : يجوز السلم في الجوز والبيض عددًا وكيلًا ووزنًا [1] .

١٣٢٦٨ - وقال الشافعي : يجوز السلم في الجوز واللوز كيلًا ، ولا يجوز عددًا ، ويجوز السلم في البيض [وزنًا] ، ولا يجوز كيلًا ولا عددًا [2] .

١٣٢٦٩ - لنا : أن كل ما يعرف بتقدير الحول جاز السلم فيه ، أصله : الكيل والوزن .

١٣٢٧٠ - ولأن الكيل يجوّز السلم في الجوز ، فجاز في البيض أصله : الوزن .

١٣٢٧١ - ولأن ما جاز القرض منه بصفة ، جاز السلم فيه بتلك الصفة إذا كان مما يصح السلم فيه . أصله [3] : الكيل في الحنطة .

١٣٢٧٢ - احتجوا : بأنه يختلف في العدد اختلافًا متباينًا ؛ لأن الجوزة تكون مثل

---

(١) وقال زفر : يجوز كيلًا ووزنًا ، ولا يجوز عددًا . راجع : تحفة الفقهاء (١٦/٢) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٥) ، الهداية مع البناية (٤٢٥/٧ ، ٤٢٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٧٤/٧ ، ٧٥) ، روضة القضاة « فصل ما يجوز السلم فيه » (٤١٦/١) ، مسألة (٢٣١٨) .

(٢) الزيادة : من كتب الشافعية . قال الشافعي في الأم : « لا يجوز السلف في البطيخ ... ولا البيض ، أي بيض كان ، بيض دجاج أو حمام ، أو غيره ، وكذلك ما سواه مما يتبايعه الناس عددًا ما استثنيت ، وما كان في معناه لاختلاف العدد ، ولا شيء يضبط صفته ، أو بيع عدد فيكون مجهولًا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالكيل والوزن » . راجع : الأم ، « باب السلف في العد » (١٢٧/٣) ، مختصر المزني « باب ما لا يجوز السلم فيه » ص٩٢ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم » (١٣٣/١٣ - ١٣٥) ، حلية العلماء (٣٧١/٤ ، ٣٧٢) ، فتح العزيز « كتاب السلم والقرض » ، « الشرط الرابع أن يكون معلوم المقدار بالوزن أو الكيل » بذيل المجموع (٢٥٦/٩ ، ٢٥٧) ، المدونة ، في « السلف في الجوز والبيض » (١٢٣/٣) ، المدونة « الباب الثالث : أن يكون المسلم فيه مقدرًا » (٢٩٦/٤) ، بداية المجتهد (٢١٨/٢) ، المسائل الفقهية (٣٦١/١) ، مسألة (٥٤) ، الإفصاح (٣٦٣/١) ، الكافي لابن قدامة « فصل : وفي الحيوان روايتان » (١١٠/٢) ، المغني (٣٠٨/٤ ، ٣٠٩ ، ٣٢٠) ، الإنصاف ، الباب السابق (٨٦/٥) .

(٣) لفظ : [أصله] ساقط من (م) ، (ع) .

الجوزتين ، والبيضة مثل البيضتين ، فصار كالرمان ، والبطيخ .

١٣٢٧٣ – والجواب : أن السلم لا يجوز حتى يبين النوع ، والنوع الواحد لا يختلف اختلافًا متباينًا .

١٣٢٧٤ – ولأن الاختلاف يوجد في جملته ولا يوجد في آحاده ؛ ألا ترى : أنه يتقدر تفاضل [1] القيمة بين الجوزتين ، والمؤثر هو تفاوت الآحاد ، وليس كذلك البطيخ والرمانِ ؛ لأن آحاده تختلف ، ولهذا يتقدر فضل القيمة بين آحاده .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لا يتقدر تفاصيل] ، مكان : [يتقدر تفاضل] .



السلم في الدراهم والدنانير وتبرهما

١٣٢٧٥ - قال أصحابنا : لا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتبرهما [١] .

١٣٢٧٦ - وقال الشافعي : يصح [٢] .

١٣٢٧٧ - لنا : أن ما لا يصح السلم فيه إذا كان رأس المال من جنس الأثمان ، لم يصح السلم فيه بحال ، كالجوهر ، والغالية .

١٣٢٧٨ - ولأنه عقد [٣] شرط فيه القبض في المجلس ، أو اختص من نوع البيوع باسم ، فلم يجز على دراهم مؤجلة ، كالصرف .

١٣٢٧٩ - ولأنه أحد بدلي السلم ، فلم يجز أن يكون ثمنًا مؤجلًا ، كرأس المال .

١٣٢٨٠ - ولأن من أصلنا : أن [السلم] [٤] لا يصح إلا بتأجيل ، فليس من شرط ثبوت الأثمان في الذمة تأجيل .

١٣٢٨١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم » [٥] .

---

(١) التِّبْر ، بكسر التاء المشددة وسكون الباء : هو خام الذهب والفضة . راجع : المغرب « التاء مع الباء » ص٥٨ ، النهاية « باب التاء مع الباء » (١٧٩/١) ، لسان العرب ، مادة : « تبر » (٤١٦/١) ، المصباح المنير « كتاب التاء » ، « التاء مع الباء وما يثلثهما » (٧٠/١) . قال الحنفية : لا يصح فيهما السلم لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لابد أن يكون مثمنًا لكونه مبيعًا ، والمبيع مما يتعين بالتعين ، والدراهم و الدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة . راجع : تحفة الفقهاء (١١/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٢/٥) ، روضة القضاة (٤١٧/١) ، مسألة (٢٣٢٥ - ٢٣٢٨) ، الهداية مع البناية (٤٢٣/٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٧٢/٧) .

(٢) راجع : الأم « باب في الآجال في السلف والبيوع » ، و « باب السلف في التبر غير الذهب والفضة » (٩٨/٤ ، ١١٦) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣١٦/٩ ، ٣١٧) ، حلية العلماء (٣٦٣/٤) ، المنتقى « الباب الثاني في كونه موصوفًا » (٢٩٤/٤) ، المغني « فصل : وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر » (٣٣٢/٤) ، الإنصاف (٨٩/٥) .

(٣) لفظ : [عقد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

١٣٢٨٢ - والجواب : أن ثبوت الدراهم في الذمة لا يفتقر إلى التأجيل [١] ، فوجب حمل الخبر على ما يقف ثبوته في الذمة على الأجل ، وهو ما سوى الأثمان [٢] .

١٣٢٨٣ - قالوا : مال يضبط بالصفة ، فجاز السلم فيه ، كالثياب .

١٣٢٨٤ - قلنا : الثياب يجوز أن يكون رأس مالها من جنس الأثمان ، فجاز السلم فيه ، كالثياب .

أو : ما جاز أن يثبت في الذمة صداقًا أو قرضًا جاز السلم في جنسه [٣] .

١٣٢٨٥ - قلنا : لا يخلو مخالفنا أن يثبت معنى العقد أو اسمه ، فإن [٤] أثبت اسمه : فأهل اللغة لا يسمون من باع بدراهم مسلفًا فيها ، وإن أثبتوا معنى العقد من وجوب قبض رأس المال في المجلس : لم يصح ؛ لأن من باع ثوبًا بدراهم لم يشترط في العقد قبض الثوب .

١٣٢٨٦ - على أنه إذا عقد على دراهم في الذمة مؤجلة أو غير مؤجلة وبدلها من جنس الأثمان فالعقد [٥] عندنا جائز ؛ ولأن الأحكام المختصة بالسلم لا تثبت [٦] .

* * *

(١) قاعدة : « ثبوت الدراهم في الذمة لا يفتقر إلى التأجيل » .

(٢) في (ع) : [الأذهان] ، مكان : [الأثمان] .

(٣) قاعدة : « ما جاز أن يثبت في الذمة صداقا أو قرضا جاز السلم في جنسه » .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [والعقد] ، وهو غير واضح في (ص) ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) : [لا يثبت] .

مسألة ٦٦٧

المسلم في الدراهم مع نقد بعضها في المجلس والتداين في الآخر

١٣٢٨٧ - قال أصحابنا : إذا أسلم ألف درهم : خمس مائة منها دينًا على المسلم إليه ، وخمس مائة نقدها في المجلس ، صح ، وإن لم ينقد إلا خمس مائة ، بطل حصة الدين [١] .

١٣٢٨٨ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يبطل العقد في الجميع [٢]

١٣٢٨٩ - لنا : أن الدراهم لا تتعين [٣] بالعقد ، وإذا سمى المُهْر رأْسَ المال انعقد العقد على مال في ذمته ، ثم بطل / في [٤] بعضه لترك القبض ، فكأنه سمى ألفًا مطلقة ، فنقد بعضها وافترقا قبل [٥] نقد الباقي .

١٥٤/ب

١٣٢٩٠ - ولأنه سمى في رأس المال ما يجوز أن يملك في [٦] البيع ، وبطلانُ العقد في بعضه لا يبطل باقيه ، كما لو أسلم ثوبًا ودراهم في طعام فهلك الثوب قبل التسليم [٧] .

١٣٢٩١ - ولا يلزم : إذا أسلم خمس مائة نقدًا أو خمس مائة له في ذمة غير المسلم إليه ؛ لأن العقد إنما فسد عندنا لأنه شرط فيه شرطًا فاسدًا ، وهو استيفاء البدل من غير

---

(١) راجع : الهداية مع البناية (٤٥٣/٧ ، ٤٥٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٩٩/٧ ، ١٠٠) .

(٢) في (م) : [تبطل] ، مكان : [يبطل] . قال القفال : « فإن قبض بعض رأس المال في المجلس دون البعض وتفرقا ، فقد حكي في الحاوي ثلاثة مذاهب ، أحدها : - وهو قول البصريين - أن العقد في الكل باطل قولًا واحدًا ، والثاني - وهو قول البغداديين : أن السلم فيما قبض صحيح لازم ، وفيما بقى باطل ، والثالث : أن السلم فيما لم يقبض باطل ، وفيما قبض على القولين في تفريق الصفقة ، وللمسلم إليه الخيار ، وهذا هو الصحيح » راجع : حلية العلماء (٣٧٩/٤) ، المدونة « التسليف إلى غير أجل ، أو يقدم بعض رأس المال ويؤخر بعضه » (١٣٨/٣) ، المغني في « فصل : إذا كان له في ذمة رجل دينارًا فجعله سلمًا إلخ » (٣٣٠/٤) .

(٣) في (م) : [يتعين] .

(٤) من قوله : [قالوا مال يضبط بالصفة فجاز السلم فيه] في المسألة السابقة إلي قوله : [ثم بطل في] غير واضح في (ص) وذلك لسوء التصوير .

(٥) في (م) ، (ع) : [على] ، مكان : [قبل] .

(٦) لفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) يبدو أن العبارة من قوله : « بطلان العقد » إلى قوله : « قبل التسليم » ناقصة ؛ لأنها لا تعدل المعنى ، لعل صوابه : « وبطلان العقد » في بعضه لا يبطل في باقيه ، كما لو أسلم إلخ .

العاقد ، فالدين لم يتعين عندنا وإلا فسد بعد [١] الإصداق ، ولهذا لو نقده الألف كلها في مسألتنا جاز ولو نقده بعضها لم يجز [٢] .

١٣٢٩٢ - ولا يلزم : إذا أسلم حنطة في شعير وزيت ؛ لأن المفسد للعقد ليس هو بطلانه في بعض المال ، وإنما المبطل دخول التأجيل في الشعير الذي قابل الحنطة .

١٣٢٩٣ - احتجوا : بأنها صفة اشتملت على ما يصح وما لا يصح ، فوجب [٣] أن يبطل في الجميع . أصله : إذا كان رأس المال حرًا وعبدا [٤]

١٣٢٩٤ - قلنا : لا نسلم أن الصفة اشتملت على ما لا يصح ؛ لأن العقد وقع على ألف في ذمة رب السلم .

١٣٢٩٥ - قالوا : إن كان كما ذكرتم فيجب أن يصح [٥] العقد في حصة الدين ؛ لأنه مقبوض في الذمة ، ولا يصح قبضه بل يبرأ منه بالعقد .

١٣٢٩٦ - قلنا : هذا كلام في مسألة أخرى لا يلزمنا بيانها ، على أنَّا قد بينا : أن من شرط السلم تعجيل أحد بدليه ، وما في الذمة لو كان مقبوضًا فليس بمعجل [٦] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [بعدم] ، مكان : [بعد] .

(٢) في جميع النسخ : [ولو نقده لم يجز] ، تصويبه : [ولو نقده بعضها لم يجز] ، ولا يستقيم المعنى بدون هذه الزيادة

(٣) لفظ : [فوجب] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا كان المال حرًا أو عبدًا] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن يضع] .

(٦) في (م) : [بعجل] .

مسألة ٦٦٨

المتصرف في رأس مال السلم قبل قبضه مع تقايلهما السلم

١٣٢٩٧ - قال أصحابنا : إذا تقايلا السلم ، لم يجز التصرف في رأس المال قبل قبضه .

١٣٢٩٨ - وقال زفر : يجوز [1] ، وبه قال الشافعي [2] .

١٣٢٩٩ - لنا : ما روي في حديث أبي سعيد الخدري ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « من أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه ، أو رأس ماله » [3] ، ذكره الدارقطني .

١٣٣٠٠ - ولأنه تصرف [4] في رأس مال المسلم ، فلم يجز [5] . أصله : قبل الفسخ [6] .

---

(١) لفظ : [زفر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وتقايلا ، بمعنى : فسخا ، من الإقالة وهي الفسخ ، أي رفع العقد . قال ابن الأثير : « يقال : أقاله يقيله إقالة ، وتقايلا إذا فسخا البيع وعاد المبيع إلى مالكه والثمن إلى المشتري ، إذا كان قد ندم أحدهما أو كلاهما ، وتكون الإقالة في البيعة والعهد » . راجع : النهاية « باب القاف مع الياء » (١٣٤/٤) ، لسان العرب ، مادة : « قيل » (٣٧٩٨/٥) ، المصباح المنير « القاف مع الياء وما يثلثهما » ص٤٩٦ ، مختار الصحاح « باب القاف » ص٥٦٠ . قال أبو حنيفة وصاحباه : لا يجوز استحسانًا ، وقال زفر : يجوز قياسًا . راجع : بدائع الصنائع (١٨١/٥ ، ١٨٢) الهداية ، وبذيله العناية (١٠١/٧ ، ١٠٢) ، مختصر الطحاوي ص٨٩ ، ٩٠ .

(٢) راجع : حلية العلماء « باب تسليم المسلم فيه » (٣٨٧/٤) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب تسليم المسلم فيه » ، « فصل : يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة » (١٥٩/٣ ، ١٦٠) ، المدونة « كتاب السلم الثالث » ، « في الرجل يسلف الجارية في طعام فتلد أولادًا ثم يستقيله فيقيله » (١٥٩/٣) ، بداية المجتهد « الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضي من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم إلخ » (٢٢٢/٢) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤٥/٣) ، الحديث (١٨٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب السلف لا يحول » (٢٧١/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » (٧٦٦/٢) ، الحديث (٢٢٨٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » (٣٠/٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يصرف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المال المسلم] ، وقوله : [فلم يجز] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [مثل الفسخ] .

١٣٣٠١ - ولأنه أحد متعاقدي السلم فلم يجز [1] تصرفه في رأس [2] مال السلم قبل قبضه . أصله : المسلم إليه .

١٣٣٠٢ - احتجوا : بأنه مال عاد إليه بفسخ عقد ، فجاز أن يأخذ بدله قبل قبضه ، كالصرف .

١٣٣٠٣ - قلنا : عقد الصرف لا يجب تعيين البدل فيه ابتداء ؛ لأنهما لو تصارفا فاعتبره بدينار في ذمته جاز ؛ فلذلك [3] يجوز أن لا يتعين في حال الفسخ ، ولما وجب في السلم تعيين رأس المال ابتداء حتى لا يجوز بدين في ذمة المسلم إليه ، كذلك لابد من التعيين في انتهاء العقد .

١٣٣٠٤ - قالوا : إنه مال مستحق بعقد معاوضة ؛ فجاز صرفه إلى غيره قبل قبضه ، كسائر الديون ، وما ملك بالإرث .

١٣٣٠٥ - قلنا : لا نسلم ؛ لأنه لم يملك لمعاوضة ؛ لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما ، فهي بيع في حق الله [4] والقبض لحقه ، فهو مملوك لمعاوضة . والمعنى في سائر الديون : أن قبض ما في المجلس غير مستحق ، ولا هي بدل سلم ، وفي مسألتنا : هذا بدل السلم ، فلم يصح أن ينصرف فيه بحال بقاء العقد .

* * *

---

(١) في سائر النسخ : [متعاقدين السلم] ، والصواب ما أثبتناه بحذف النون ، ولفظ : [يجز] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [أخذ] ، مكان : [رأس] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلذلك] .

(٤) في (ع) : [حق اليد] .

مسألة ٦٦٩

إعطاء المسلم إليه أجود مما عليه وأفضل مع طلبه العوض عن الزيادة

١٣٣٠٦ - قال أبو حنيفة ، ومحمد (١) : إذا أحضر المسلم إليه ثوبًا أجود مما عليه ، أو أطول ، وقال : خذه وزدني درهمًا ، يجوز (٢) .

١٣٣٠٧ - وقال الشافعي : لا يجوز (٣) .

١٣٣٠٨ - لنا : قوله ﷺ : « من وجبت في إبله بنت مخاض ، فلم توجد ، أخذنا ابنة لبون وأُعطي شاتين » (٤) .

١٣٣٠٩ - فدل على أن من وجب عليه (٥) حق لا ربا فيه ، جاز أن يعطي أفضل منه ، ويأخذ العوض عن الزيادة .

١٣٣١٠ - فإن قيل : الزكاة لا تشبه (٦) السلم ؛ لأنه يجوز أن يعطي أكثر مما عليه . [عليه في السلم ما] (٧) فاته من حصة البعض المعلومة بالعقد ، كما لو أسلم في قفيز فجاءه بأقل منه ، وإنما لا يجوز في الثوب لأن حصة النقصان ليست معلومة البدل ، فلا يصح الفسخ ببدل مجهول .

١٣٣١١ - ولأنها زيادة لم تستحق (٨) عليه بعقد السلم عند ملاقاة جنسها ، فجاز أخذ العوض عنها ، كما إذا جاءه بثوب آخر . أو إذا أسلم في قفيز فجاءه بقفيز ونصف .

---

(١) في (م) ، (ع) : [قال أصحابنا أبو حنيفة ومحمد] .

(٢) قوله : [أو أطول] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [خذها] ، مكان : [خذه] . ولم نعثر على هذه المسألة في كتب المذهب بعد .

(٣) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « باب تسليم المسلم فيه » (١٤٥/١٣ ، ١٤٦) ، المدونة « في الرجل يسلف رجلًا في ثوب إلى أجل ثم يأتيه قبل الأجل أو بعده فيزيده إلخ » (١٥٤/٣ ، ١٥٥) ، المنتقى » (٣٤/٥) ، المغني (٣٤١/٤) ، الكافي لابن قدامة « فصل : يجب تسليم السلم عند المحل على أقل ما وصف به » (١١٧/٢) ، الإنصاف ، الباب السابق (٩٥/٥) .

(٤) تقدم تخريجه من حديث أنس ﷺ في مسألة (٢٩٧) .

(٥) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يشبه] .

(٧) [عليه في السلم ما] ، بدل ما جاء في النسخ جميعها بلفظ : « ومعه بفضل إذا » لاستقامة المعنى .

(٨) في (م) : [لم يستحق] .

١٣٣١٢ - ولأنها زيادة في مقدار ما وقع عليه السلم ، فجاز أخذ العوض ، كالزيادة في كيل الطعام .

١٣٣١٣ - احتجوا : بأن الجودة صفة [1] ؛ فلا يجوز إفرادها بالبيع ، كما لو كان المسلم فيه مكيلًا أو موزونًا .

١٣٣١٤ - قلنا : أليس إذا لم يجز إفراد الشيء بالعقد لم يجز أن يُتَعوضَ عنه إذا قضى به دينًا ، وهو أنقص منه ؟ ألا ترى : أن زيادة القيمة في ابنة لبون لا يجوز إفرادها بالبيع ، ولو أخذها في الزكاة عن ابنة مخاض ودفع عنها عوضًا جاز .

١٣٣١٥ - ولأنه لا يجوز إفرادها بالتمليك ؛ لأنه لا يمكن إفرادها بالتسليم ، وفي مسألتنا : يمكن تسليمها مع الأصل ، فجاز أن تملك [بعوضها] [2] .

١٣٣١٦ - ولأن المعنى في الطعام : أن الجودة لا يجوز أخذ العوض عنها إذا لاقت جنسها ، فلا يجوز أن يأخذ قفيزًا جيدًا عن قفيز رديء ودرهم ، وجودة الثوب يجوز أن يتعوض عنها إذا لاقت جنسها ، فجاز أن يأخذ عن ثوب رديء ودرهم ثوبًا جيدا .

* * *

(١) في (م) : [عوض] ، مكان : [صفة] .

(٢) ما بين القوسين بدل [بعضهم] المثبتة في النسخ جميعها ، ولا يستقيم بها المعنى المستفاد من السياق .

مسألة ٦٧٠

الرجوع بالأرش إذا قبض المسلم إليه فحدث به عيب ثم أطلع عليه

١٣٣١٧ - قال أبو حنيفة : إذا قبض المسلم [1] إليه ، فحدث به عيب ، ثم اطلع على عيبه ، لم يكن له الرجوع بالأرش [2] .

١٣٣١٨ - وقال محمد ، وزفر : يرجع بأرش العيب [3] ، وهو قول الشافعي [4] .

١٣٣١٩ - لنا : أن القبض لو [5] بطل في جميع المقبوض ، لم يرجع برأس المال ، فإذا تعذر القبض في جزء منه لم يرجع بحصته من رأس المال . [وبيع العين بخلافه] [6] ألا ترى : أن المبيع لو استحق رجع بالثمن ، فإذا تعذر القبض في جزء منه رجع بحصته .

١٣٣٢٠ - ولأنه لو رده لم ينفسخ السلم ، فلا يرجع بالأرش إذا وجد به عيبًا ، كما لو علم بالعيب وتمكن من الرد فلم يرد حتى حصل فيه عيب آخر .

١٣٣٢١ - ولأن كل ما لم يرده من أول ما تمكن [7] من الرد لم يكن له الرجوع بالأرش ، وإذا تعذر الرد بالعيب لم يكن له الرجوع بالأرش ، كالدراهم بالدراهم [8] ،

---

(١) في (م) : [السلم] .

(٢) الأرش : ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب ، وأرش الجراحة : ديتها ، والجمع أروش راجع : النهاية « باب الهمزة مع الراء » (٣٩/١) ، لسان العرب ، مادة : « أرش » (٦٠/١ ، ٦١) ، المصباح المنير (١٤/١) ، المعجم الوسيط (١٣/١) .

(٣) راجع : المسألة في : مختصر الطحاوي ص٨٨ ، ٨٩ .

(٤) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « فصل إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبًا فله أن يرده » (١٥٧/١٣ ، ١٥٨) ، حلية العلماء (٣٨٤/٤) ، المدونة « في المسلم إليه يصيب برأس المال عيبًا إلخ » (١٣٤/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب السلم وما ينعقد به » (٦٩٣/٢) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٦٢/١) ، مسألة (٥٥) ، المغني (٣٤١/٤) ، الإنصاف (٩٥/٥) .

(٥) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ما بين القوسين زيادة لازمة لإقامة المعنى .

(٧) في (م) ، (ع) : [يمكن] .

(٨) قوله : [بالدراهم] ساقط من (م) ، (ع) .

والطعام بالطعام .

١٣٣٢٢ - احتجوا : بأنه تعذر رده بعينه بمعنى حدث فيه لا يتضمن الرضا به ، فجاز له الرجوع . أصله : بيع الأعيان .

١٣٣٢٣ - قلنا : يبطل إذا باع دراهم بدراهم .

ولأن بيوع الأعيان لو انفسخ القبض في جملتها رجع بالثمن ، فإذا تعذر الرد في جزء منها رجع بحصته ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٣٣٢٤ - قالوا : معنى يستدرك به السلامة من العيب بالمعقود [١] ، فوجب أن يكون له مدخل في السلم . أصله : الرد .

١٣٣٢٥ - قلنا : الرد يجوز أن يثبت في بيع الدراهم بمثلها ، فجاز السلم فيه ، والرجوع بالأرش ليس هو فسخ العقد من أجل الفائت ؛ لأن الثمن لا يتقسط على الأجزاء المعيبة وإنما يتقسط على المبتاعة ، وإنما الأرش إسقاط جزء من الثمن لأجل العيب .

١٣٣٢٦ - قلنا : الجزء الفائت لا حصة له ، ولكنه متى تعذر الرد صحت المطالبة ، وصارت له حصة ، بدلالة : أن المبيع يُقوم صحيحًا ، ثم يقوم معيبًا ويقسم الثمن على ذلك ، وقسمة الثمن تطلب الحصة [٢] .

١٣٣٢٧ - فدل على أنَّا نفسخ العقد في مقدار الجزء الفائت ، ويرجع بالثمن الذي يخصه [٣] .

* * *

---

(١) في (ص) : [طلامة] ، مكان : [سلامة] ، وفي (م) ، (ع) : [بالعقود] ، مكان : [بالمعقود] .

(٢) في (م) ، (ع) : [تبطل للحصة] ، مكان : [تطلب الحصة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يحضره] .

مسألة ٦٧١

السلم فيما له حمل ومؤنة

١٣٣٢٨ - قال أبو حنيفة : لا يصح السلم فيما له حمل ومؤنة حتى يبين [1] موضع تسليمه .

١٣٣٢٩ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يصح [2] .

١٣٣٣٠ - واختلف قول الشافعي ، واختلف أصحابه في تأويل قوله ، فمنهم من قال : له ثلاثة أقوال ، أحدها : قول أبي حنيفة [3] ، والآخر : يستحب تسمية المكان ، والآخر : قول أبي يوسف ، ومحمد [4] .

١٣٣٣١ - لنا : أن جهالة مكان التسليم توجب فساد العقد ؛ لأنه لو شرط أن يوفيه أي موضع شاء بطل العقد ، فكان بيانه شرطًا في السلم أصله : المقدار ، والصفات .

١٣٣٣٢ - ولا يلزم : ما لا مؤنة فيه ؛ لأن جهالة مكان تسليمه لا يفسد العقد ، لو قال : عليَّ أن أسلم إليك حيث لقيتني صح العقد .

١٣٣٣٣ - ولأن ما تختلف قيمة العقد [5] باختلافه ، ويصح اشتراطه في العقد [6] ، فذكره شرط . أصله : صفة المسلم فيه [7] .

---

(١) في (م) : [تبين] .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ص٨٦ ، ٨٧ ، تحفة الفقهاء « كتاب البيوع » (١٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٣/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية (٩١/٧ ، ٩٢) .

(٣) في جميع النسخ : [قول أبي حنيفة] كان الأفضل أن يقول : كقول أبي حنيفة ، أو : مثل قول أبي حنيفة .

(٤) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٤٢/١٣) ، حلية العلماء (٣٧٥/٤ ، ٣٧٦) ، بداية المجتهد « كتاب السلم » ، « الباب الأول : في محله وشروطه » (٢٢١/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٧٣ ، ٢٧٤ ، المسائل الفقهية (٣٥٩/١) ، مسألة (٤٩) ، الكافي لابن قدامة فصل : « ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء » (١١٦/٢ ، ١١٧) ، المغني (٣٣٣/٤ ، ٣٣٤) ، الإنصاف (١٠٧/٥/١٠٨) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يختلف] ، مكان : [تختلف] وفي (ص) : [الجمع] ، مكان : [العقد] .

(٦) قاعدة : « ما تختلف قيمة العقد باختلافه ويصح اشتراطه في العقد فذكره شرط » .

(٧) قوله : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٣٣٣٤ - ولا يلزم : ما لا حمل له ؛ لأن اشتراط مكان التسليم فيه لا يصح . ولو شرطه لم يتعلق به حكم ، فلا يقف العقد على اشتراط ما لا يصح اشتراطه [1] .

١٣٣٣٥ - ولأنا أجمعنا على أن جهالة المكان تمنع [2] صحة العقد [لأن أي مكان[3] للتسليم مكان لم يشترط التسليم فيه ، فلا يتعين فيه التسلم] كسائر الأمكان .

ولأن معرفة المكان شرط في صحة العقد باتفاق ، وما شرط في انعقاد عقد السلم فالمعتبر فيه شرط ، لا الحكم بالصفات ؛ لأنه من اشتراط الجيد أو الوسط ، ولا يثبت بإطلاق الوسط .

١٣٣٣٦ - ولأنه أسلم فيما له حمل ومؤنة ، فلم يجز من غيره ، كمكان الإيفاء ، كما لو أسلم في البرية .

١٣٣٣٧ - ولأن كل ما كان شرطًا في السلم إذا وقع العقد في البرية كان شرطًا إذا وقع في المصر ، كسائر الشروط .

١٣٣٣٨ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة و] السلام : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ، وأجل معلوم » [4] ، ولم يأمر باشتراط مكان التسليم .

١٣٣٣٩ - والجواب : أنه يستحيل أن يشترط كيلًا معلومًا ، ولا يصير الكيل معلومًا إلا ببيان موضع قبضه .

١٣٣٤٠ - قالوا : تسليم / [5] مستحق بعقد ، فلا يجب شرط موضعه فيه . أصله : إذا لم يكن له حمل ، وبيوع الأعيان . ١٥٥/أ

١٣٣٤١ - قلنا : ما لا يحمل لا يختلف المعقود [فيه] [6] باختلاف الأماكن ، فلم يكن ذكره شرطًا [7] ، وماله حمل يختلف باختلاف الأماكن ، فجهالة مكانه تؤدي إلى جهالته .

---

(١) قاعدة : « لا يقف العقد على اشتراط ما لا يصح اشتراطه » .

(٢) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بمكان] ، والعبارة مضطربة ، وما أثبتناه بين القوسين فيه تغيير عما جاء في النسخ بلفظ : « ليس لمكان التسليم ، لأنه مكان لم يشترط التسليم فيه ، فلا يتعين فيه التسليم » .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٥) لفظ : [تسليم] مكرر في (ص) .

(٦) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٧) في (ص) : [شرط] ، والصواب ما أثبتناه .

١٣٣٤٢ - وأما بيوع الأعيان : فلو شرط غير مكان البيع لم يصح . فعلم أن تسليمه هناك موجب العقد .

وفي مسألتنا : لو شرط تسليمه في غير مكان العقد صح ، فدل على أن موجب العقد لا يقتضي التسليم هناك .

* * *

مسألة ٦٧٢

العقد على استصناع الأواني

١٣٣٤٣ - قال أصحابنا : إذا استصنع الأواني جاز [١] العقد ، ولكل واحد منهما الخيار [٢] .

١٣٣٤٤ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

١٣٣٤٥ - لنا : قوله ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن » [٤] ، وقد جرت العادة باستصناع الأخفاف [٥] ، والأواني في سائر الأعصار من غير نكير .

١٣٣٤٦ - ولا يقال : بأن الشافعي منكر ذلك ؛ ولأنا لا نعرف هذا من عادة السلف ؛ ولأنهم يستصنعون الثياب ، ولا يجوز ذلك عندكم ؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله [٦] جوز ذلك ، وترك القياس [٧] لما رأى من عادة الناس في زمانه واحترافهم ، وكانوا لا يستصنعون الثياب ، فلا تجوز المكابرة من المشاهدة والاستدلال على ما كانت العادة عليه بما نجد عليه العادة ؛ لأن بها [٨] إنكار الشافعي ، فلا يقدح إذا كانت هذه العادة سابقة لزمانه ، لم ينكرها منكر من قبله .

١٣٣٤٧ - ولأن العقود تارةً تقع [٩] جائزة غير لازمة ، وتارةً تقع [١٠] لازمة ، فلما جاز أن يوجد أحدهما في مبيع في الذمة موصوف جاز أن يقع وهو اللازم بالافتراق .

١٣٣٤٨ - ولأنه نوع بيع منفرد باسم خاص موضوع له ، فكان فيه ما يجوز .

---

(١) في (م) : [مات] ، مكان : [جاز] .

(٢) راجع : بدائع الصنائع (٢٠٩/٥ ، ٢١٠) ، الهداية مع البناية (٤٧٧/٧ - ٤٨٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١١٤/٧ - ١١٧) .

(٣) راجع حلية العلماء (٣٨٩/٤) في المدونة ، في « السلف في الصناعات » (١٢٧/٣) .

(٤) أخرجه أحمد موقوفًا على ابن مسعود ، في المسند (٣٧٩/١) ، وأبو داود الطيالسي في المسند ص٣٣ ، الحديث (٢٤٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (٧٨/٣ ، ٧٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عادة الناسب باستصناع الخفاف] ، مكان المثبت .

(٦) في (ص) : [ﷺ] .

(٧) في (ص) : [القنائص] .

(٨) في (ص) ، (م) : [بما] ، مكان : [بها] ، وفي (ع) : مكانه بياض ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) لفظ : [تقع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) : [يقع] .

أصله : الصرف ، والسلم .

١٣٣٤٩ - احتجوا : بأنه بيع ما ليس عنده على غير وجه السلم ، فوجب أن لا يجوز استصناع الثياب .

١٣٣٥٠ - قلنا : هذا صحيح إذا لم تجر [1] العادة باستصناع الثياب ، وما جوزته العادة [دليل على قبولها ممن وجدت لديه] [2] ، كتمليك الأشياء المتخذة [3] بالمعاطاة ، ودفع أجرة الحمام . فإن نازعوا في العادة ، قلنا : إنما نعني عادة السلف ، وقد بينا : أن أبا حنيفة شاهدهم [في عصره] [4] يعقدون على بعض الأعيان دون بعض .

* * *

(١) في (م) : [لم يجر] ، وما بين القوسين زيادة أوجبها السياق .

(٢) ما بين القوسين بدل عما جاء في النسخ بلفظ : [أحضر مما وجدت فيه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [متحدة] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

مسألة ٦٧٣

الشراء بشرط الإجارة

١٣٣٥١ - قال أبو حنيفة : إذا اشترى فلْعة بدرهم على أن يحذوها البائع ، جاز البيع [1] .

١٣٣٥٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [2] .

١٣٣٥٣ - لنا : أن الناس يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير .

١٣٣٥٤ - ولأنه عقد [3] يشتمل على بيع وإجارة جرت العادة بالتعامل [4] فيه ، فصار كصبغ الثوب .

١٣٣٥٥ - ولأن العين والعمل كل واحد منهما يجوز العقد عليه على الانفراد ، فإذا جاز أن يجتمعا في العقد تبع ، وهو العقد على الصبغ ، جاز أن يجتمعا في العقد ، والعمل تبع [5] له .

١٣٣٥٦ - احتجوا : بأنه اشترى عينًا وشرط على البائع منفعة لا يقتضيه العقد ، فوجب أن يفسد العقد ، كما لو اشترى [6] طعامًا على أن يطحنه ، أو غزلًا [7] على أن ينسجه ، أو زرعًا على أن يحصده .

١٣٣٥٧ - الجواب : أن هذه العقود لم تجر العادة بالتعامل بها ، وما خرج عن موضوع العقد ولم يجر التعامل به لم يصح ، وإن جرى التعامل به صح ، كما ذكرناه

---

(١) في سائر النسخ : [سلعة] ، مكان : [فلعة] ، وفي (ص) : [أن حدها] ، وفي (ع) : [أن حددها] ، مكان : [أن يحذوها] ، لعل الصواب ما أثبتناه . قال النووي : « الفلعة - بكسر الفاء وإسكان اللام - جمعها فلع وهي جلدة النعل ، ومعنى يحذوها : يجعلها حذاء » في المجموع (٣٦٨/٩) . راجع : بدائع الصنائع (١٦٩/٥ ، ١٧١) ، الهداية مع فتح القدير « باب البيع الفاسد » (٤٥١/٦ ، ٤٥٢) .

(٢) راجع المهذب مع المجموع « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده » (٣٦٧/٩) ، بداية المجتهد « الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا » (١٧٤/٢) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (١٠٧/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا عقد] .

(٤) في جميع النسخ : [التعامل] بدون الباء ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [بيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [اشترى منه] ، بزيادة : [منه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وغزلا] .

في التمليك بالمعاطاة .

١٣٣٥٨ - قالوا : هذا بيع وإجارة ، وأحد العقدين إذا شرط في الآخر أفسده .

١٣٣٥٩ - قلنا : يبطل بما إذا اشترى ثمرة على أن يتركها على النخل .

١٣٣٦٠ - ولأن أحد العقدين ههنا [١] تابع ، فيفارق الحكم المشروط صريحًا [٢] ؛ بدلالة : الصباغ لو ابتاع منه الصبغ واستأجره على العمل جاز ، وإن كان [٣] البيع بيعًا مع عقد الإجارة ، فجاز لتعامل الناس به [٤] .

* * *

(١) قوله : [هاهنا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [متفارق] ، مكان : [فيفارق] ، وفي (ع) : [صحيحًا] ، مكان : [صريحًا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وكان] ، بدون : [إن] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بها] ، مكان : [به] .

مسألة ٦٧٤

وكالة المسلم إليه رب السلم

١٣٣٦١ - قال أصحابنا : إذا وكل [١] المسلم إليه رب السلم فاشترى له طعامًا واكتاله ، [ثم أمره بقبضه واكتاله] لنفسه ، جاز [٢] .

١٣٣٦٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

١٣٣٦٣ - لنا : أنه أمانة في يده ، فإذا أذن له في [٤] استيفائها جاز ، كما لو كان وديعة .

١٣٣٦٤ - فإن نازعوا في الوديعة فالدليل فيهما : أن المسلم إليه لو امتنع من الدفع جاز لرب السلم قبض ما في يده بحقه ، فإذا أذن ورضي أولى .

١٣٣٦٥ - ولأنه لو أذن لغيره من غرمائه في قبض ما في يده بدينه جاز ، فإذا أذن له جاز . أصله : إذا كان بمشهد [٥] من المسلم إليه .

١٣٣٦٦ - احتجوا : بأنه قابض من نفسه بإذن غيره ، فلا يصح . أصله : إذا أذن رب السلم للمسلم إليه أن يقبض له ما أخذ منه .

١٣٣٦٧ - قلنا : هناك أمره أن يتصرف في ملك [٦] نفسه ، والإنسان لا يجوز أن يتصرف في ملك نفسه بأمر [٧] غيره ، فبطل أمره ، فكأنه عزل الطعام لغير أمره . وههنا أمره أن يتصرف في ملك الآمر [٨] ، فأمره بفعله [٩] حكم ، فقام فعله مقام فعله .

---

(١) لفظ : [وكل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) راجع المسألة في : النكت « مسائل السلم » ، ورقة (١٤٨ ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٣٨٣/٤) ، ولم نقف على هذه المسألة في كتب المالكية والحنابلة بعد .

(٤) لفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [يشهد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [مال] ، مكان : [ملك] .

(٧) في ص : [بأمره] ، بزيادة الهاء .

(٨) في (م) ، (ع) : [لغيره وأمره هاهنا أمره أن يتصرف في ملك نفسه بأمر غيره الأمر] ، مكان المثبت ، إلا أن لفظ : [يتصرف] ساقط من (ع) .

(٩) في (ع) : [بعلونه] ، مكان : [بعلومه] .

١٣٣٦٨ – ولأنه يجوز مثل هذا القبض بغير أمره ولا رضاه إذا امتنع ، فلأن يجوز بأمره أولى .

* * *

مسألة ٦٧٥

وقت خروج المبيع من ضمان البائع

١٣٣٦٩ - قال أصحابنا : إذا اشترى طعامًا بعينه ودفع غرائره [١] إلى البائع بحضرة البائع [٢] ، أو وكيله ، فقال : كِله لي ، فكاله فيها [٣] ، خرج الطعام من ضمان البائع [٤] .

١٣٣٧٠ - وقال الشافعي : لا يخرج من ضمانه إلا أن يكون بحضرة المشتري ، أو وكيله [٥] .

١٣٣٧١ - لنا : أن غرائره يده ؛ بدلالة : أنهما [٦] لو اختلفا في طعام من غرائر أحدهما كان لصاحب الغرائر ، فإذا كاله فيها بأمره فقد حصل البيع المعتبر في يد المشتري برضاه [٧] ، فصار كما لو خلى بينه وبين الثمرة .

١٣٣٧٢ - ولأن القبض في العين يحتاج إلى [٨] خروج الشيء من ضمان البائع لا لتعيين الملك ، فكل قبض للخروج من ضمان العين يفيد تعيين الملك ، وأنه يخرج من ضمانه إذا صار في حكم يد مالكه بأمره ، كالعين المغصوبة إذا أمره أن ينقلها إلى داره .

١٣٣٧٣ - ولأن ما جاز أن يصير المغصوب منه قابضًا جاز أن يصير المشتري به قابضًا [٩] ؛ أصله : إذا جعله في غرائره بمشهده [١٠] .

---

(١) غرائر : جمع غرارة بكسر الغين وهي وعاء . راجع : مختار الصحاح ، مادة « غرر » ، ص٤٨٢ ، لسان العرب (٣٢٣٦/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ودفع غرائره البائع بحضرة المشتري] ، مكان المثبت .

(٣) في جميع النسخ : [فير ما بفعل] ، مكان : [فكاله فيها] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) قال العيني : « لو كان الغرائر للبائع لا يصير قابضًا في رواية عن محمد » .

(٥) راجع المسألة في النكت ، في « مسائل القبض » ورقة (١٣٧ أ) .

(٦) قوله : [يده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [أيهما] ، مكان : [أنهما] .

(٧) في جميع النسخ : [برضاهم] ، الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ص) : [إليه] .

(٩) قاعدة : « ما جاز أن يصير المغصوب منه قابضًا جاز أن يصير المشترى به قابضًا » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [في الغرائر يشهده] ، مكان المثبت .

١٣٣٧٤ - احتجوا : بأن رب السلم لو دفع غرائره إلى المسلم إليه ، وقال : كِلْ المسلم فيها لم يكن قابضًا ، وما لا يكون قبضًا [للدين [لم يكن قبضًا للعين] [1] ، أصله : إذا كاله المشتري في غرائره ، أو ما لا يكون قبضًا] [2] لما في ذمة البائع ، لا يكون قبضًا لما في يده .

١٣٣٧٥ - قلنا : قد بينا أن الملك لم يتعين فيه ، وإنما يملكه بالتعيين ، فيصرف المسلم إليه [3] فيه ، فيقع في ملك نفسه ، ولا يجوز أن يكون بأمر غيره ، فلم يتعلق بالأمر حكم ، فكأنه [4] كاله بغير أمره ، وفي مسألتنا : أمره بالتصرف في ملك نفسه ، وكان للأمر فائدة .

١٣٣٧٦ - فإن قيل : أمره فيما في ذمته غير [5] صحيح ، الدليل عليه : أنه لو أذن في تسليمه إلى وكيله .

١٣٣٧٧ - فإن قلنا : هناك يتعين بقبض الوكيل ، ونحن منعنا أن يتصرف الإنسان في ملك نفسه بغير أمره ، فأما الوكيل فإنما أذن له في التصرف فيما يتعين بالدين ، وذلك ملك لموكله كان أمره فيه .

١٣٣٧٨ - قالوا : غرائر المشتري إذا حصلت في يد البائع زالت يد المشتري عنها ، بدلالة : أنهما لو تنازعاها كانت للبائع ، فإذا كان فيها لم يخرج المبيع من يده .

١٣٣٧٩ - قلنا : هذا غلط ، هذه الغرائر مع اعتراف البائع يملك المشتري لها في يد المشتري حكمًا ؛ بدلالة : أنه إذا سلم [6] أنها له ونازعه ما فيها كان القول قول صاحب الغرائر ، وإن [7] كانت في يد البائع ، فعلم أنها يده من طريق الحكم ، فإذا كال فيها بأمره خرج المبيع من يده .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، أثبتناه لمقتضى السياق ، كما أن المعني لا يستقيم بدون هذه الزيادة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [السلم فيه] .

(٤) قوله : [فكأنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ذمة غيره] ، مكان : [ذمته غير] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أسلم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإن] .

فهرس المجلد الخامس

الموضوع الصفحة

كتاب البيوع

* * *